

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



O PENHOR DE CRÉDITOS FUTUROS

AMANDA SPADA VAZ MANO DE OLIVEIRA

O PENHOR DE CRÉDITOS FUTUROS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Científico de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Doutora Maria Lurdes Viegas
Marques Pereira

LISBOA

2019

Agradecimentos

Este trabalho não teria sido possível sem o incentivo, apoio, a confiança, os ensinamentos, e , principalmente, ao carinho e compreensão de algumas pessoas que percorreram esse caminho comigo.

Primeiramente, eu agradeço a todos os professores pelos ensinamentos que me passaram desde as reuniões semanais, até nas apresentações dos relatórios. Pude sentir que apesar de toda correria e atribuições do dia a dia, de alguma forma sempre estiveram presentes tentando nos passar o tanto de conhecimento que possuem. Percebi ali, o quanto nossos mestres são importantes na formação de nossa vida, não somente acadêmica mas também na cordialidade nos tratamentos pessoais.

Não posso deixar de agradecer a cada um da minha família. Ao meu pai pelos domingos que deixamos de passar juntos para poder me dedicar a este trabalho. A minha mãe, pelo incentivo de não desistir e a sua paciência com as minhas alterações de humor no decorrer do mestrado. A minha irmã, que é por quem eu nutro um amor fraternal imensurável. Ao meu gato Nicki, que com um amor tão genuíno sempre esteve ao meu lado enquanto escrevia.

As minhas amigas Gabriele Toazza, Carolina Hauer e Adriane Mussi, que me foram presenteadas por Lisboa, e pelo incentivo e ajuda nos momentos quando estava a escrever, bem como em todos os momentos de angústia e felicidade que passamos juntas durante toda caminhada. Agradeço todos os dias morarmos na mesma cidade e mantermos a nossa amizade iniciada numa terra tão especial para nós.

As amigades que este mestrado me deu, Derick Mendonça, Franklin José, Pedro Niemeyer, João Pedro Leite, André Catramby, Mariana Salum, Vasco Pinto da Rocha, e Marcelo Matos.

Aos meus amigos que tiveram que escutar muitos “não posso” para os seus convites.

Ao Raphael, por me proporcionar conversas tão boas em que pude relaxar e espairar em muitos momentos de tensão.

A tudo que eu vivi, aprendi, evolui: Obrigada Lisboa, você sempre terá meu coração.

Resumo

O presente estudo visa contribuir para a compreensão do regime e admissibilidade aplicável na utilização da garantia do penhor de crédito futuro para a satisfação do credor em caso de incumprimento da obrigação pelo devedor, quando este não possuir no momento da assinatura do contrato bens disponíveis em sua esfera patrimonial para dar em garantia. Para esse efeito, o estudo analisa os fundamentos de admissibilidade do penhor de créditos futuros, o conceito de “créditos futuros”, a relação entre o nascimento do crédito e a perfeição do contrato do penhor e o papel desempenhado pela notificação do devedor. Portanto, é analisada a admissibilidade dessa forma de garantia frente alguns ordenamentos jurídicos, como o português, espanhol, italiano e brasileiro.

Palavras-chave: Garantia das Obrigações; Garantias Reais; Penhor; Créditos futuros; Admissibilidade.

Abstract

The present work wants to contribute to understand the regime and admissibility applicable in use the pledge of futures receivables to the creditor satisfaction in case of breach of the obligation by the debtor, when the debtor doesn't have at the time of signing the contract assets available in his patrimonial sphere to give in guarantee. For this purpose, the study focuses on the grounds of admissibility of the pledge of future receivables, the concept of "future receivables", the relationship between the creation of the receivable and the perfection of the pledge and the relevance of the notification to the debtor. Therefore, the admissibility of this type of guarantee is analyzed in some legal systems, such as Portuguese, Spanish, Italian and Brazilian.

Keywords: Guarantee of obligations; Real Guarantee; Pledge; Future receivables; Admissibility

Lista de Abreviaturas

a.C – Antes de Cristo

art. - artigo

BBTC- Banca, bolsa e titoli di credito

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil da Alemanha

BMJ- Boletim do Ministério da Justiça

BOE- Boletim Oficial do Estado

CC/BR - Código Civil do Brasil

CC/ES - Código Civil da Espanha

CC/IT - Código Civil italiano

CC/PT- Código Civil de Portugal

Cf. ou Cfr. – Conforme

cit – citado ou citada

coord. – coordenação

ed – edição

Ex.- exemplo

Ibidem ou Ibid – mesmo autor anterior com pagina diversa

Idem – mesma referencia bibliográfica anterior

LC – Lei Complementar

Ley Concursal – Lei de Falência da Espanha.

LRJSP- Ley Regime Jurídico del Sector Publico

op cit. - Obra citada

p. ou pp.– página

p.e – por exemplo

PGR- Procuradoria Geral da República de Portugal

ss – seguintes

STS - Sentencia del Tribunal Supremo

UCP – Universidade Católica Portuguesa

v. ou vol. – volume

v.g - Verbi gratia – por exemplo

ÍNDICE GERAL

Resumo	4
Abstract	5
Lista de Abreviaturas.....	6

PARTE I

DAS GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES

1. Noções Introdutórias.....	9
2. Breves considerações acerca da responsabilidade patrimonial do devedor.....	11
3. Garantias Especiais das Obrigações	15
4. Garantias Reais.....	20

PARTE II

A GARANTIA DO PENHOR

5. Noções Introdutórias.....	30
5.1. <i>Informações sobre o surgimento do penhor</i>	30
6. Definição da garantia do penhor.....	35
6.1. <i>Acessoriedade</i>	35
6.2. <i>Indivisibilidade</i>	37
6.3. <i>Especialidade</i>	39
7. Penhor de Direitos de Crédito.....	40
7. 1. <i>Objeto</i>	43
7. 2. <i>Constituição</i>	45
7. 3. <i>Regime</i>	51
7. 4. <i>Transmissão e extinção</i>	54

PARTE III

O PENHOR DE DIREITO DE CRÉDITO FUTURO

8. Noções Introdutórias.....	58
9. O conceito de crédito futuro.....	59
10. O valor do penhor de créditos futuros como garantia	65
10.1. <i>A condição dos fluxos de renda pagos de uma obrigação</i>	66
10.2. <i>A volatilidade dos créditos futuros</i>	69

10.3 A oposição frente à declaração de falência.....	71
11. Admissibilidade e legalidade do penhor de crédito futuro nos ordenamentos jurídicos.	75
11. 1. Ordenamento jurídico Português:.....	75
11. 2. Ordenamento jurídico Espanhol.....	79
11. 3. Ordenamento jurídico Italiano.....	85
11. 4. Ordenamento jurídico Brasileiro	91
12. Da Cessão de Crédito Futuro e do Penhor de Crédito Futuro	99
13. Do nascimento do crédito e o momento da perfeição do penhor: o papel da notificação do devedor.....	106
14. Outros casos de penhor com características de penhor futuro	108
14. 1. O caso de penhor omnibus.....	108
14. 2. O caso do penhor rotativo	111
14. 3. O caso do penhor floating charge	112
Conclusão.....	116
Referências bibliográficas.....	119

PARTE I

DAS GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES

1. Noções Introdutórias

A atual situação econômica caracteriza-se, entre outras coisas, por escassez na circulação do crédito ou de bens disponíveis em nome do devedor. Essa extraordinária insuficiência da necessidade financeira a diferentes operações de negócio implicou para os interessados uma pesquisa difícil de financiamento em torno do que é mais favorável e em qual, além disso, as entidades financeiras privadas requerem para suas operações, eis que para além de um preço elevado em forma de juros, algumas garantias muito seguras merecem, na maioria das ocasiões, uma qualificação de “excessiva”. Isso leva as instituições públicas, que precisam completar com um serviço público, essa tarefa de financiar o ambiente privado, ultrapassando, muitas vezes, um patamar que as entidades financeiras privadas não estão dispostas a passar.

E é nesse contexto que encontrar garantias que podem resultar suficientes¹ surge com força a figura da garantia do penhor de créditos futuros. Não nos referimos pois, em garantir créditos futuros (penhor em garantia de créditos futuros) e, sim, a dar em garantia créditos futuros (penhor de ou sobre créditos futuros).²

Dessa maneira, o penhor de créditos futuros vem a ser uma modalidade mais utilizada no âmbito bancário, posto que, normalmente, são vinculados a contratos que integram o financiamento (em especial nos casos de *project finance*, que tem como finalidade para sua amortização a capacidade de gerar fluxo de caixa do próprio projeto) e no qual cabe grande variedade de direitos que podem ser dados em garantia.

¹ O professor DE CASTRO aponta como “em época más reciente, la venta em garantia de complejos de bienes, empresas o explotaciones, y la cesión em garantia de créditos futuros” faz pensar que a “utilización incontrolada de la venta em garantia” resulta numa “peligrosa para la sanidade del mismo crédito”. CASTRO Y BRAVO, Frederico de. El negocio jurídico. Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 429.

² FERNÁNDEZ DEL POZO, em La eficacia de la prenda “de” o “sobre” créditos futuros em el concurso del pignorante. Emplica como “los créditos futuros presentan dos aspectos com mucha frecuencia entre sí interrelacionados: de una parte, pueden garantizarse créditos futuros (prenda “en” garantia de créditos futuros); de outra, pueden ser empeñados, o dados en prenda, créditos furutos en garantia de cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras (prenda “de” o “sobre” créditos futuros)”.

É de notório saber que o penhor é um instituto antigo, advindo do Direito Romano. Entretanto, tem se visto certo desinteresse nesse instituto pelo fato de existirem diversas outras garantias dentro do sistema jurídico, as quais têm-se renovado constantemente e chamado a atenção dos aplicadores do direito, como é o caso das garantias autônomas.³

Apesar de não haver tantos estudos se comparado ao penhor de coisas, já que este é o mais antigo, o penhor de créditos tem recebido cada vez mais reconhecimento de estudos pela doutrina, tanto nos direitos das obrigações quanto nos direitos reais.

Evidente que a necessidade de um desapossamento e a proibição do pacto comissório são óbices para a inoperacionalidade do penhor e, conseqüentemente, o seu desuso. Entretanto, não se pode deixar de lado que a nossa realidade econômica pede que o dinheiro e o crédito cumpram com a sua função - circulação de riquezas. Aconselhando que garantias reais, como a do penhor, principalmente no que será abordado neste trabalho, o do penhor de créditos futuros, sejam mais aprofundados acerca da sua eficácia garantística, tendo em vista que o bem dado em garantia consiste numa ampla atividade econômica e financeira, qual seja, a de receber de outrem uma prestação de valor econômico e futura.

O ponto de partida da investigação que se apresenta nesta dissertação de mestrado consiste em analisar a importância do penhor de créditos futuros, como uma das formas de garantia especial das obrigações. Existindo garantia típica que permita buscar direitos de crédito, ainda que estes não existam no plano econômico jurídico atual do devedor, pensamos em prosseguir com a tutela objetivada pelos credores e suas dificuldades.

Destaca-se, ainda, que dentro do penhor de direitos, um modelo a ser considerado é o do penhor de créditos, por isso, a maioria dos estudos atuais do penhor de direito acaba voltando-se a esse tipo de penhor.

O objetivo deste trabalho é verificar a possibilidade e legalidade de dar em garantia do Penhor um Crédito Futuro, mas, primeiramente, é necessário entender como ocorre o Penhor de direitos, para seguidamente aplicar o direito de crédito futuro. Para isso, é necessário fazer uma contextualização histórica da evolução da responsabilidade

³ Acerca das Garantias Autônomas, ver: Martinez, Pedro Romando; Ponte, Pedro Fuzeta. *Garantias de Cumprimento*. 5.ed. Almedina, Coimbra. 2006, p. 124 a 151.

do devedor, passando pelas garantias especiais que foram criadas e, por fim, ao crédito que ainda não existe na esfera patrimonial do devedor.

2. Breves considerações acerca da responsabilidade patrimonial do devedor

A responsabilidade patrimonial vem de longa evolução histórica do Direito Privado, que desviou a responsabilidade para o patrimônio do devedor. Inicialmente, a responsabilidade da obrigação ocorria numa esfera pessoal, ou seja, sempre que o devedor faltasse com suas obrigações, respondia pessoalmente perante o credor.

Originariamente, os Romanos não conheciam o conceito de *obrigação*⁴ como um vínculo que comprometia o devedor assumir, perante o credor, determinado comportamento. Mas, sim, entendiam como uma obrigação de submissão física perante uma pessoa com a outra.⁵

Nessa época, em razão dessa pessoalidade de vínculo do credor com o devedor, em que este respondia com o próprio corpo pelo cumprimento de determinada obrigação, ficava, ainda, estabelecido, um poder em que o credor detinha, com possibilidade de escravidão, se aquele não pagasse a dívida. Poderia, ainda, responder com a própria vida ou até ter seu corpo dividido entre todos os credores por meio do que se chamavam de “concurso creditório”.

Somente com a Lex Poetelia Papiria, datada de 326 A.C, é que foi excluída a execução na pessoa do devedor, e passou a responsabilidade do incumprimento aos seus bens, ganhando forma a impessoalidade das obrigações.

O Professor Caio Mário da Silva Pereira cita que *“custou séculos este deslocamento. Mas, quando se chega ao século VI de nossa era, já se pode o Corpus Iuris Civilis consagrar uma definição que apresenta a obrigação como provinda da vontade, sujeitando o devedor a uma prestação, um dare, um facere ou um praestare, e não uma sujeição do corpo ou da pessoa do obrigado.”*⁶

⁴ Denominação advinda do termo “*obligatio*” (*ob+ligatio= acao de prender, atar em volta*).

⁵ PINTO, Eduardo Vera-cruz, *O direito das Obrigações em Roma*, vol. I, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1997, p. 22.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 1996, p. 08.

O que ainda se perdurou dessa época foi a prisão civil por dívida,⁷ que já tem perdido algum valor⁸ em diversos ordenamentos jurídicos⁹. Ainda que, primeiramente, a responsabilização tinha caráter punitivo àquele que não cumpria com seus deveres, com a Revolução Francesa, a intenção de castigar o devedor pelo incumprimento foi dando azo à prioridade de se ressarcir o credor.

No entanto, o que se manteve até hoje é a satisfação do crédito pelo credor e o direito que se cria quando não obtém o cumprimento voluntário da obrigação.

Os meios pelos quais se pode garantir um direito de crédito são vários. Mas ocuparemos de tratar apenas aqueles que digam respeito à garantia do penhor.

Hoje em dia, o credor necessita intentar com uma ação judicial contra o devedor para ter a satisfação do seu crédito. Inicialmente, se não houver um título executivo, precisará obter uma condenação em sentença para que se defina o direito do credor perante o devedor e, somente assim, após a fase de execução, conseguir satisfazer o seu direito.

Essa satisfação do credor ocorre na esfera do patrimônio do devedor onde se tem a ideia de garantia e de responsabilidade patrimonial, sendo este último um dos princípios gerais do direito das obrigações, qual seja: o princípio da responsabilidade patrimonial. Então, faz-se necessário abordar mais à frente alguns tipos de garantia patrimonial, com enfoque no penhor.

Uma das primeiras características é a de que estão sujeitos à execução todos os bens do devedor, regra essa disposta no art. 601 do Código Civil Português¹⁰, e igualmente no artigo 789 do novo Código de Processo Civil Brasileiro¹¹, que reservou um capítulo inteiro sobre a responsabilidade patrimonial. Referido artigo está disposto no capítulo referente às “Garantias Gerais das Obrigações”, o que significa dizer que o

⁷ A partir de 1491, a prisão por dívidas deixa de consistir em cárcere privado e passa a ser realizada pelo Estado.

⁸ Em Portugal, aboliu-se a prisão por dívidas por intermédio da Lei de 20 de junho de 1774.

⁹ Nas Américas, a eliminação da prisão civil por dívidas ocorreu por meio do Pacto de São José da Costa Rica, como é conhecida a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a qual é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos, escrita durante uma Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁰ Artigo 601: “Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimônios.”

¹¹ Artigo 789: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

patrimônio do devedor assegura a realização coactiva da prestação ou da indenização, no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida.

Outra característica importante do referido princípio é a de que somente os bens do devedor é que podem ser objetos da execução postulada pelos credores, regra essa estabelecida no artigo 817¹². Entretanto, essa regra sofre exceção quando se faz referência aos bens de terceiros, contidos no artigo 818 do mesmo código¹³, ou seja, tal situação diz respeito aos bens que sucedem garantia pessoal ou real, como a fiança, penhor ou hipoteca constituídos por terceiros.

Por fim, podemos afirmar que todos os credores estão em pé de igualdade, conforme art. 604º/1¹⁴. Assim, os credores que não gozem de qualquer direito de preferência sobre os demais, serão pagos em total igualdade com os demais.

Se o devedor não cumprir voluntariamente no momento próprio, e dois ou mais credores recorrerem ao direito de ação ao patrimônio do obrigado, temos duas alternativas: a) utilizar os bens do devedor que bastem para a satisfação integral de seus débitos e nenhum problema de prioridades se levanta entre os credores; b) ou os bens do obrigado são insuficientes para pagar todos e, nesse caso, o n° 1 do artigo determina dividir o preço dos bens do devedor por todos, proporcionalmente ao valor dos créditos, sem nenhuma distinção baseada, seja na proveniência, natureza dos crédito ou na data de sua constituição.

O referido artigo preceitua que um credor comum não tem qualquer garantia segura de que o seu crédito será satisfeito pela execução do patrimônio do devedor. Ora, como este é de grandeza variável, está sujeito tanto a um aumento quanto a uma diminuição. Conforme leciona LARENZ, caso se constitua um direito real de garantia a responsabilidade do devedor, que é pessoal, passa a ser considerada como responsabilidade material (*Sachhaftung*) de certo bem em relação a uma determinada dívida. Tal responsabilidade aparece contrapondo um direito real de garantia que não

¹² Artigo 817 do CC/PT: “Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o patrimônio do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo.”

¹³ Artigo 818 do CC/PT: “O direito de execução pode incidir sobre bens de terceiro, quando estejam vinculados à garantia do crédito, ou quando sejam objecto de acto praticado em prejuízo do credor, que este haja procedentemente impugnado.”

¹⁴ Artigo 604, n° 1 do CC/PT: “Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegar para integral satisfação dos débitos.”

pode ser confundido com um direito de crédito, tendo em vista que ele não tem um dever de prestar, mas somente uma sujeição daquele bem ao poder de execução do credor.¹⁵

Quanto à noção de patrimônio, é cediço que se está longe de encontrar um consenso entre os estudiosos no assunto. Não obstante, é majoritário que “sobrevém a ideia de um acervo composto por elementos, suscetíveis de avaliação pecuniária e agregados entre si por um denominador comum.”¹⁶

O próprio Código Civil de Seabra se referia ao patrimônio como bens, soma de bens ou acúmulo de bens.

O professor Paulo Mota Pinto distingue, ainda, outro conceito de patrimônio: um conceito econômico e pecuniário, “isto é, o patrimônio visto como um determinado valor em que se traduzem os bens que o integram.”¹⁷

A diferença do patrimônio em sentido material (ou real) e o patrimônio em sentido econômico “é importante porque permite salientar que a afetação, ordenação ou repartição de bens tem também dupla dimensão: enquanto afetação ou repartição ‘real’, a que correspondem efeitos ‘em espécie’ (e não no sentido de se verificar mediante a proteção típica dos direitos reais), e enquanto afetação ou repartição de valor, puramente econômica, a que correspondem efeitos apenas no plano do valor econômico”.¹⁸

De outro lado, FUCHS considera que o patrimônio no sentido econômico reside não tanto na natureza dos respectivos elementos (coisas ou direitos), mas na finalidade de tudo. Mais especificadamente, naquela de causar a satisfação das necessidades do seu titular. Assim, o patrimônio, em sentido jurídico, seria um conjunto de direito e coisas que servem de apoio para uma relação jurídica.¹⁹

Ainda, THIESSEN conduz o conceito de patrimônio a um sentido material. Nesse conceito, o patrimônio aparece como um conjunto de bens, que apenas apresentam valor pecuniário, sendo os direitos insuscetíveis de valoração. Desse modo, um direito à

¹⁵ LARENZ, Karl. *Schuldrecht, I – Allgemeiner Teil*, Munchen/Berlin: Beck, 1953.

¹⁶ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Da objectividade jurídica do património*. p. 297-298.

¹⁷ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, i, Coimbra, 2008, p. 474-475.

¹⁸ Idem.

¹⁹ FUCHS, Martin. *Vermögen und Vermögensverwaltung: Ein Versuch zur Konstruktion des Vermögensbegriffs im heutigen Recht*, F. Stollberg, 1911, p. 14 e ss.

propriedade é exatamente igual ao outro, apenas distinguindo-os em valores através de seu objeto.²⁰

Portanto, sobre a questão da responsabilidade patrimonial do devedor, a doutrina não tem mostrado maiores discussões a respeito do tema, eis que a partir do momento em que há previsão legal sobre a questão, muitas delas se resolvem por si, debatendo-se apenas, e no presente caso abordado, até onde essa responsabilidade vai, e o meio de coibi-la na sua totalidade pela vontade das partes.

3. Garantias Especiais das Obrigações

Garantia é aquela que pode ser definida como meio sancionatório adotado pelo Estado contra o devedor, de modo que, caso ele não cumpra espontaneamente o negócio celebrado, o credor não fique sem nenhuma segurança de cumprimento.

As garantias das obrigações nada mais são do que facultar meios necessários para que o credor busque bens patrimoniais suficientes para o cumprimento da obrigação se efetivar. Conforme preceituado no artigo 817º CC/PT, em que: não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e executar o patrimônio do devedor.²¹

É possível afirmar, portanto, que o patrimônio do devedor constitui a garantia geral dos credores, igualmente com fundamento no artigo 601 CC/PT, resultando, primeiramente, que esses bens pertençam ao patrimônio do devedor no momento que essa obrigação se constitui, não abrangendo, *a priori*, os bens futuros.²²

Dentro do estudo das garantias das obrigações, a doutrina majoritariamente²³ usa uma distinção entre a garantia geral e a especial. Sendo geral aquela que é representada

²⁰ THIESSEN, Johannes. *Person und Vermögen, Inaugural-Dissertation*, Buchdruckerei R. Noske, 1910, p. 66 e ss.

²¹ Nesse sentido, Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, pp. 14-15, saliente que o art. 601º ao estabelecer que os bens do devedor suscetíveis de penhora respondem pelo cumprimento da obrigação, representa uma perfeita consonância com o artigo 817, em que vale dizer que o patrimônio do devedor é garantia dos credores e ao dizer que os bens que o integram respondem pelo cumprimento da obrigação.

²² Hugo Alves, em *O Penhor*, pp. 14, salienta que o patrimônio do devedor não pode compreender bens futuros, nem responderem pelas suas dívidas, uma vez que os bens futuros se encontram no patrimônio do devedor como bens futuros, tendo que se considerar que em cada momento responde pelas dívidas o patrimônio tal como se encontrar.

²³ Cabe aqui destacar a classificação de MARTINEZ, Pedro Romano/ PONTE, P. Fuzeta da, em *Garantias de cumprimento*, que não seguem a doutrina clássica e dividem as garantias especiais das obrigações em pessoais, reais, indiretas e prestação de caução. As garantias indiretas são tidas

pelo patrimônio do devedor, e especial aquelas que representam um reforço na garantia geral, podendo consistir na atribuição dessa responsabilidade a terceiros ou sobre a preferência de determinado bem, que pode ser ou não do devedor.²⁴

Em consequência da garantia geral, não havendo cláusula de preferência ²⁵, os credores têm o direito de serem pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor. Assim, pode se dizer que a garantia geral reside no fato de existir responsabilidade patrimonial.

As garantias especiais, por sua vez, são aquelas em que a posição do credor é reforçada para além do que somente uma responsabilidade patrimonial do devedor. Ou seja, podemos falar de garantia especial sempre que existir uma preferência na posição do credor garantido sobre os demais credores. Para que se classifique uma garantia como especial, é essencial que um dos credores se encontre numa posição privilegiada sobre os demais, contrariando o princípio da igualdade entre credores (*par condicio creditorum*).

Ainda, podemos dividir as garantias especiais em pessoais, as quais se caracterizam por um terceiro sujeitar a sua esfera patrimonial à execução no caso de incumprimento do devedor. Para isso, um terceiro assume uma obrigação própria a qual

como “figuras negociais, para além das garantias pessoais e reais que, indiretamente, podem conferir a uma das partes determinada garantia de cumprimento do seu crédito. Classificação essa que inclui a transferência de propriedade e a cláusula de reserva de propriedade. (p. 235). Ainda, exemplificam “outras garantias indiretas” como as exceções de não cumprimento, a compensação, solidariedade passiva, assunção de dívida, cessão de créditos, crédito documentário, mandato irrevogável, cheque visado, cartão de crédito e o seguro. (p. 251 e ss).

Ainda, LEITÃO, L. Menezes, Garantias das obrigações, traz uma outra classificação no campo das garantias, são elas: generalidades, pessoais, reais, utilização de propriedade como garantia (aqui representada pela reserva de propriedade, alienação fiduciária e locação financeira), garantias especiais sobre direitos, (penhor de créditos e cessão de créditos em garantia), garantias especiais sobre universalidade (separação de patrimônio, cessão de bens e garantia flutuante) e, por fim, as garantias especiais atípicas (as quais englobam o contrato-promessa de garantia, cláusulas de garantia e segurança, compensação e consignação de receitas).

²⁴ Ainda, Menezes Leitão em Direito das Obrigações, v. II, p. 281, “a garantia geral é comum a todos os credores e consiste na possibilidade de estes de pagarem, em pé de igualdade, à custa do patrimônio do devedor. Na ausência de garantias especiais, todos os credores desfrutam nos mesmos termos do patrimônio do devedor como sua garantia comum, pelo que, se este não chegar para todos se pagarem, terá que ser rateado, recebendo cada um dos credores uma parte proporcional ao montante do seu crédito. Pode-se assim dizer que a garantia geral das obrigações consiste no patrimônio do devedor.”

²⁵ Oportuno destacar que essa preferência é sobre a satisfação do crédito e não se pode confundir com o direito de preferência. Eis que o direito de preferência centra-se na ideia de que em um determinado negócio jurídico, o titular de um bem fica ao celebrar um negócio jurídico com terceiro, tenha que dar preferência a determinado sujeito antes da celebração do negócio. Para maiores informações, ver Cardoso Guedes, A natureza jurídica do direito de preferência, Porto: UCP, 1999.

fica solidária ou subsidiariamente responsável pelo cumprimento da obrigação contraída pelo devedor (ex.: fiança, subfiança, mandato de crédito, aval, etc.) ²⁶.

Dessa divisão, ainda há as garantias especiais tidas como reais que são caracterizadas por possibilitar ao credor obter pagamento preferencial pelo produto da venda de certos bens ou os rendimentos desses, ainda que eles estejam na esfera patrimonial de terceiros alheios da obrigação principal (credor e devedor), constituindo os direitos reais de garantia, vez que oneram os bens, independentemente da titularidade deles (Ex.: consignação de rendimentos, penhor, hipoteca, direito de retenção, etc.).

Há, ainda, alguns casos de garantias especiais que não se classificam nessas modalidades, que é o caso da separação de patrimônios, prestação de caução e a cessação de bens aos credores.²⁷

Pode ser, ainda, caracterizada como reforço quantitativo, que ocorre quando a garantia implica nova obrigação, em que outros patrimônios, além dos do devedor, sejam sujeitos à execução do credor, nessa medida, os patrimônios de terceiros também são responsáveis, que é o caso das garantias pessoais.

A garantia especial também pode constituir caráter qualitativo, que é quando o credor tem direito de ser pago preferencialmente sobre outros credores, em relação a determinados bens ou aos rendimentos destes, o que coincide com as garantias reais.

O reforço qualitativo, portanto, ocorre na preferência dada ao credor titular de um direito de pagamento no valor, ou rendimento, de determinados bens do devedor. Nessa seara, o credor titular da garantia fica numa posição privilegiada perante outros credores comuns de um mesmo devedor²⁸ em relação àquele bem particular (ou eventualmente de terceiros), e para o restante do patrimônio figura-se como um credor comum.

Quando se tratar de um direito real de garantia, este é oponível a terceiros, ou seja, sobrepõe-se a outros direitos reais posteriormente constituídos, e o seu titular pode exercê-lo mesmo quando esse bem for alienado a terceiro (“o direito segue a coisa”).

²⁶ Para maiores informações a respeito das garantias pessoais, ver Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*. v. III, Coimbra: Almedina, 2014; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2013; Martinez, Pedro Romano/ Ponte, Pedro Fuzeta da, *Garantias do cumprimento*, Coimbra: Almedina, 2006.

²⁷ Ainda sobre as garantias especiais consultar Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*. v. III, Coimbra: Almedina, 2014.

²⁸ Referente à classificação dos direitos reais de garantia, consultar MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra: Almedina, 1990.

Havendo mais de um direito real de garantia sobre um mesmo bem, deverá proceder uma graduação do crédito, que será assegurado, podendo levar até mesmo que um crédito garantido anteriormente por um direito real seja graduado abaixo de um direito posteriormente constituído.

E assim, esse reforço qualitativo pode ser obtido pelo credor sobre determinados bens por outra via, qual seja, a titularidade de um direito. Nesses casos, o direito é transmitido para a esfera patrimonial do credor, pelo devedor ou terceiro, até o integral cumprimento da obrigação principal (que é o caso do penhor).

O credor pode, ainda, manter em sua posse um bem que lhe pertença até o integral cumprimento da outra parte devedora, em vez de transmiti-lo no momento da celebração do contrato (caso da reserva de propriedade).

Ainda, para a disciplina da análise econômica do direito, as garantias especiais são tidas como forma de reduzir os custos de monitorização da atividade do devedor (*transaction costs economics*)²⁹

A primeira teoria parte do momento em que o credor concede um financiamento com determinada taxa de juros, oportunizando ao devedor aumentar os riscos desse financiamento, eis que consegue um financiamento com maior risco e menor taxa de juros a que poderia ter sido atribuída. Tal negócio jurídico implica ao credor um custo de monitorização da atividade do devedor para que este assegure os riscos do financiamento. Um meio de evitar tais custos é por meio da constituição de uma garantia especial, pois permitirá que o financiamento seja pago no caso de insolvência do devedor.

Portanto, o custo de monitorização é mais baixo em decorrência da garantia, visto que o credor poderá concentrar tal monitorização no bem dado em garantia e não em todo o patrimônio do devedor.³⁰ Dessa forma, os autores entendem que as entidades com maiores dificuldades em monitorização do patrimônio do devedor são as que devem ter maiores incentivos em celebrar um negócio jurídico com cobertura de uma garantia especial.³¹

²⁹ SCHWARTZ, Alan. “*The continuing Puzzle os Secured Debt*” em Vand. L. Ver. 37 (1984), pp. 1051-1069.

³⁰ JACKSON, Thomas H., KRONMAN, Anthony T., “*Secured financing and Priorities among Creditors*”, Yale L. J. 88 (1979), pp. 1143-1182.

³¹ Jackson/ Kronman, consideram, ainda, que os comerciantes individuais têm mais acesso às informações pessoais dos devedores que um banco, podendo conceder créditos sem constituição de garantias. pp.1158.

No entanto, referida teoria foi objeto de várias críticas, a qual, apesar de ser aceita, alguns autores não concordaram com a posição de que as garantias são normalmente exigidas por aqueles que possuem menor capacidade de monitoramento da atividade do devedor. Isso porque um banco possui mais capacidade de obter garantia num contrato de financiamento do que um credor individual.³²

Há, ainda, quem considere que a referida teoria uniu a ideia de garantia ao controle da atividade do devedor, e que sua admissibilidade permitiria a substituição dos bens do devedor, como o *floating lien*, ampliando a concepção de garantia ao controle de possíveis conflitos do devedor e credor. Nesse aspecto, o *floating lien* possui duas utilidades, garante uma exclusividade ao credor no contrato de financiamento, bem como assegura um controle sobre as decisões do devedor.³³

A segunda teoria é a de que a garantia reduziria os custos econômicos da transação (*transaction cost econômicos – TCE*), preocupando-se com as estruturas de domínio (*governance structures*), tanto com a contração de dívidas (*debt*) quanto a abertura de capital ao público (*equity*).

Dessa forma, os economistas sustentavam que o aumento de capital de uma empresa poderia ocorrer de duas formas: com o aumento de seus rendimentos sem nenhum risco ou por melhor distribuição de *securities*. Tal teoria foi criticada pela forma como ficou conhecida, Teorema da irrelevância, em que não seria possível alterar o valor da empresa por meio da estrutura do seu capital, visto que esse valor se daria pelos riscos dos rendimentos, contrariando o que o mercado financeiro realmente se preocupa, qual seja, a capacidade da empresa em criar receitas e qual a volatilidade delas, deixando de lado a sua forma de financiamento.³⁴

Esse entendimento, conhecido como “the zero sum hypothesis”, aceito por SCHWARTZ, que descreveu ser irrelevante para uma empresa conceder uma garantia especial, com menor taxa de juros de financiamento, frente a outros credores que, não assegurados por uma garantia especial, veem os seus riscos serem aumentados com a

³² LEVMORE, Saul. “Monitors and freeriders in Commercial and Corporate Settings”, em Yale L. J. 92 (1982), p.52 e ss.

³³ SCOTT, Robert E., “A relational theorie of secured financiing”, em Colum. L. Ver. 86 (1986) pp. 901-977.

³⁴ MODIGLIANI, Franco/MILLER, Merton H., “The cost of capital, corporation finance and theory of investment”, em Am. Ec. Ver. 48 (1958), pp. 261-297.

subtração de um bem específico da esfera dos bens patrimoniais do devedor.³⁵ Nesse caso, a garantia especial mostra-se como ponto negativo, no momento em que acarreta perda patrimonial de execução para o credor.

De toda forma, devemos concordar que uma garantia especial representa um reforço da segurança jurídica do credor em relação à garantia comum conferida pelo patrimônio do devedor. Transformando, dessa maneira, a garantia especial mais atrativa aos olhos do credor da relação jurídica garantida do que a execução geral do patrimônio do devedor.

4. Garantias Reais

A palavra real tem origem no latim *res*, que significa coisa. Dentro das garantias reais, a obrigação fica garantida por uma coisa, ou seja, determinado bem é vinculado ao cumprimento da obrigação³⁶. Portanto, são direitos reais qualificados como “de garantia”, eis que são direitos que garantem obrigações de dar, fazer ou não fazer, ou muitas vezes, dívidas.³⁷ Esses direitos estão diretamente ligados por um “vínculo real”, ao cumprimento da obrigação.³⁸

³⁵ SCHWARTZ; Alan.. “*The continuing Puzzle os Secured Debt*” em Vand. L. Ver. 37 (1984). p. 1054.

³⁶ O conceito de bem diz respeito ao que no CC/PT é definido como coisa, “Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relação jurídica.” (art. 202). Da mesma forma são as definições contidas no Código Civil espanhol: “Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles” (art. 333). E igualmente o Código Civil italiano: “Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti”- São bens as coisas que podem formar objeto de direitos. (art. 810). Já o Código Civil brasileiro definiu bens imoveis, moveis, fungíveis, consumíveis, divisíveis, singulares, coletivos e públicos, porém dispensou conceituar juridicamente o que é um bem.

³⁷ Para RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Direito das Coisas, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 318 “a garantia real se apresenta quando o devedor separa de seu patrimônio um bem e o destina, primordialmente, ao resgate de uma obrigação”. Igualmente nesse sentido, GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1996., n.º 270. citado por Sílvio Rodrigues em nota, *op. cit.*, p. 319 classifica o direito real de garantia como “o que confere ao seu titular o privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação.”

³⁸ Em direito comparado, o Código Civil brasileiro de 1916 no seu artigo 391 diz que “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.”. No direito italiano, no art. 2.740 do seu Código Civil, “Il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni (1.218 ss.) con tutti i suoi beni presenti e futuri (2.901, 2. 910)” – O devedor responde pelo cumprimento das obrigações com todos os seus bens presentes e futuros.

Caso o devedor não cumpra a dívida, o credor tem a possibilidade de exigir que se faça a venda da coisa específica, dada em garantia, a fim de que com o fruto dessa venda, possa receber o seu crédito. Obviamente que esses bens dados em garantia devem estar aptos para serem vendidos. Não se permitindo que se ofereça um bem que não possa ser alienado, sob consequência de não ter uma efetiva proteção do credor ao crédito concebido, ferindo o propósito da garantia. Ou seja, somente os bens alienáveis podem ser dados em garantia. Essa regra, concorda com a finalidade da própria garantia, possibilitar a alienação da coisa para o pagamento da dívida garantida. Em princípio, cabe ao proprietário, sem nenhuma restrição quanto à alienabilidade do bem, oferecer a coisa em garantia hipotecária ou pignoratícia. Portanto, não podem ser dados em garantia bens fora do comércio, os bens inalienáveis por força de lei, convenção ou testamento e, ainda, os que na lei processual sejam impenhoráveis.³⁹

Portanto, as garantias reais presumem a afetação dos bens patrimoniais do devedor ou de terceiro para o pagamento preferencial de determinada dívida. Em comparação com as garantias pessoais, as garantias reais aparentam ser mais eficientes, diminuindo o risco, eis que o credor é pago, preferencialmente, com os valores de determinado bem. Em compensação, as garantias reais demonstram-se menos flexíveis, tanto quanto a sua constituição, como referente à sua execução. Com isso, não é difícil entender que as garantias reais são mais eficazes do que as pessoais. A exemplo, o fiador pode vir a falecer ou tornar-se insolvente e, dessa forma, tornar a garantia inútil. Por seu turno, as garantias reais, a coisa fica constantemente vinculada à obrigação principal.

Com isso, dentro de uma evolução econômica, é comum a utilização da propriedade como garantia⁴⁰, que assume importância considerável em desvantagem das garantias tradicionais.⁴¹ Cumpre destacar que esse cenário não é característico somente

³⁹ O Código Civil de Quebec estabelece que a hipoteca, entendida como um direito real sobre um bem, móvel ou imóvel (art. 2660), não pode gravar bens impenhoráveis (art. 2.668 – *L'hypothèque ne peut grever des biens insaisissables*”).

⁴⁰ De se destacar que NATUCCI, Alessandro. *Astrazione causale e contrato autonomo di garanzia*, Padua: CEDAM, 1992, p. 27 refere que a evolução recente da economia levou a que o crédito assumisse o primado que antes cabia ao direito de propriedade.

⁴¹ ANDRADE DE MATOS, O Pacto comissório-contributo para o estudo do âmbito da sua proibição, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 16-21, refere que tal mudança se dá por meio de cinco fatores diversos: i) a criação e o desenvolvimento de novas garantias reais em que se conjuga a transferência para o credor da propriedade de uma coisa que pertence ao garante com o não desapossamento por parte do garante da coisa; ii) o aparecimento de novas garantias reais com as quais se procura ir ao encontro das novas necessidades das partes; iii) o privilegiamento

das garantias reais, mas as de crédito em geral, sendo normal o uso de garantias irregulares, assim como aproveitar outros institutos jurídicos com a finalidade de garantia.^{42 43} Apesar de tanto, as garantias “clássicas” (penhor, hipoteca e consignação de rendimentos) continua ter sua vantagem econômica inerentes às garantias reais eis que se sustentam no fato de conceder ao credor uma posição satisfatória de preferência ao crédito que recai sobre o objeto da garantia frente aos demais credores. E é justamente por isso que o credor procurará, primeiramente, as garantias reais. De outro lado, as garantias reais não satisfazem algumas áreas creditícias, visto que apresentam algumas desvantagens, como o custo de demora em executá-las, assim como a sobreposição de privilégios creditórios legais, como aquelas em favor do Estado e outras entidades públicas.⁴⁴

da regulação de procedimentos extrajudiciais para execução das garantias tradicionais ou clássicas; iv) a utilização de determinados institutos com finalidade de garantia, quando originalmente esta característica não existia; e v) a ultrapassagem das limitações inerentes as garantias reais típicas, que tem vindo a levar ao renascimento do pacto comissório.

⁴² No setor bancário, MAIMERI, Fabrizio. *Le garanzie bancarie “improprie”*, Turim: G. Chiapichelli, 2004. p.11-12, em que a praxis bancária incluiu instrumentos de garantia com importantes modificações ao seu teor tradicional, sem entretanto, alterar a natureza, como é o caso da *fiança omnibus* ou do *penhor omnibus*. Assim como foram criadas garantias atípicas com a finalidade de intensificar as relações internacionais, como ocorre nas cartas de conforto. Bem como a utilização de institutos já existentes com a função de garantia, como o caso da cessão de créditos em garantia ou mandato para cobrança.

⁴³ De acordo com GOODE, Roy. *The Modernisation of Personal Property Security Law in LQR* 100 (1984), pp. 234-251, devemos atentar ao funcionamento do sistema das garantias das obrigações, em que i) todo e qualquer negocio garantido deve ser considerado como um contrato de garantia, não havendo importância a forma que o reveste; ii) toda e qualquer transação tida como contrato de garantia deve ter como limite a satisfação dos interesses do credor; iii) a pessoa de boa fé que venha a adquirir um bem onerado com garantias não pode ficar subordinada a uma garantia anteriormente constituída que não pudesse ter conhecimento; iv) ainda, se o credor quiser que o devedor na posse do bem oferecido em garantia, deverá ser colocado à sua disposição um meio que possa dar a conhecer a terceiros a existência da garantia; e v) as normas referentes à preferência dos credores devem coibir o enriquecimento sem causa de um credor. Visto isso, MENEZES LEITÃO, *Garantia das obrigações*, 2ª ed, pp.321-322, destaca que o ordenamento não as respeita, visto que, no primeiro caso, o recurso da compra e venda com reserva de propriedade ou a cessão de créditos em garantia não são caracterizados como negócios de garantia. Ainda que a boa-fé não é amplamente tutelada e ainda que são limitados os bens sujeitos a registro, e ainda que existem privilégios creditórios que estabelecem prioridades mal estabelecidas, como o caso do direito de retenção sobre hipoteca constituída anteriormente.

⁴⁴ Além disso, é inexcusável que as garantias reais acabam por ser vulneráveis, até a mesmo a hipoteca, a qual é considerada uma das mais seguras das garantias, é fragilizada pelo instituto dos privilégios creditórios e pelo direito de retenção. Para mais: CLAUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais- a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

Ainda, por muitas vezes, as garantias reais não conseguem acompanhar as exigências da tutela do crédito em uma sociedade cada vez mais caracterizada pelo financiamento externo da empresa, fato que determina um recurso cada vez mais rígido para as garantias pessoais, em que se presume existir a intervenção de um terceiro, a fim de que seja reforçada a garantia geral do credor.⁴⁵

Especificadamente no que diz respeito ao penhor, podemos sempre dizer que, na sua forma clássica, é uma garantia adaptada para um tipo de economia pré-industrial, em que a constituição das garantias sobre bens móveis possui caráter eventual. A bem da verdade, o desapossamento faz com que, de um lado, o devedor fique impedido de continuar a usufruir o bem dado em garantia para a continuação da sua atividade produtiva; de outro lado, a consecução dos bens onerados não será imperiosamente, algo que satisfaça a expectativa do credor pignoratício.⁴⁶

Ademais, começa a ganhar importância a utilização da propriedade em garantia, visto que, para além de oferecer a atribuição do uso do próprio direito de propriedade sobre o bem, há, ainda, a vantagem de ser uma opção que não causa outros custos que não os da formalização intrínsecos da transmissão da propriedade e os custos fiscais de sua efetivação.⁴⁷ De toda forma, o uso da propriedade em garantia ainda possui vantagem ao permitir retirar um bem do concurso de credores, e do ponto de vista do devedor oculta a publicidade das garantias reais clássicas em correspondência ao crédito concedido.⁴⁸

A bem da verdade, é comum que no uso bancário existam cláusulas pressupondo que aquele que recebe o crédito possa renunciar a posse sobre a coisa garantida, e igualmente é verificada nos casos em que depositam junto ao Banco metais preciosos ou

⁴⁵ LOBUONO, I contratti di Garanzia. Napoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 3-5 em que tal fato se dá pela razão de que as garantias reais são caracterizadas por uma maior rigidez no plano estrutural, ao passo que as garantias pessoais são passíveis de expansão contínua pela capacidade de elaboração, conferidas as partes no exercício da sua autonomia.

⁴⁶ VENNEZIANO, Anna. *Le garanzie moniliarie non possessorie – profili di Diritto Comparato e di Diritto del Commercio Internazionale*. Milão: Giuffrè, 2000. p 1-2.

⁴⁷ CROCQ, Pierre. *Propriété et Garantie*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1995, pp. 4-5.

⁴⁸ LEITÃO, Luís Menezes. *Garantias das Obrigações*, 2ª ed, cit. p.253.

mercadorias. Ademais, a garantia real, nomeadamente o penhor, tem sido utilizado cada vez mais no âmbito bancário.⁴⁹

As garantias reais podem se qualificar como consignação de rendimentos, penhor, hipoteca, privilégios creditórios e direito de retenção.⁵⁰ Dessa maneira, o Código Civil português, de 1966, optou por classificá-las como garantias especiais das obrigações, no livro II dos direitos das obrigações. Fazemos essa observação pois, em alguns códigos modernos, tais garantias foram colocadas fora do direito das obrigações, sendo classificados como “direito das coisas” ao lado dos direitos de propriedade, superfície, usufruto, etc. A título de exemplo, o Código Civil italiano, de 1942, colocaram-nas no Livro Sexto, denominado “Da tutela do direito”; o Código Civil espanhol, que é bastante antigo, embora sofrera várias alterações nos últimos anos, reuniu-os no livro que trata das obrigações e dos contratos, do mesmo modo que o Código Civil francês. O Código Civil de Quebec, um dos mais novos do mundo, que entrou em vigor em 1994, colocou as normas sobre prioridades e hipotecas no Livro VI, após os direitos das obrigações e dos bens. Já o Código Civil brasileiro conservou-se fiel ao Código Civil alemão (BGB), regulando os penhores e hipotecas na parte relativa ao direito das coisas. Não obstante, a doutrina manteve-se constante no sentido de considerar o penhor e a hipoteca, como direitos reais de garantia.⁵¹

Com isso, a doutrina portuguesa moderna considera a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios, o direito de retenção, como garantias especiais das obrigações, de natureza real, dessemelhantes das garantias

⁴⁹ Quanto à aplicação no direito bancário, REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. *Kreditsicherung*, 5ª ed. Neuwied und Kriftel: Luchterhand, 2006., referindo-se ao penhor de coisas em geral, o penhor é de grande importância no setor bancário, vez que é comum a concessão de crédito contra o empenhamento de títulos crédito (“Wertpapieren”), metais preciosos e mercadorias, assim como participações sociais.

⁵⁰ Respectivamente: art. 656 e seguintes; art. 666 e seguintes; art. 686 e seguintes; art. 733 e seguintes e art. 754 e seguintes do CC/PT.

⁵¹ TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. 40ª ed. Milano: Cedam, 2001, p.653-654 afirma que o penhor e a hipoteca constituem *iura in re aliena*. E acrescenta, ainda, que tradicionalmente, o penhor e a hipoteca classificam-se como direitos reais de garantia. Dos direitos reais eles têm os caracteres do imediatismo e do absoluto. Imediata é a relação entre credor e coisa sujeita ao vínculo e, na realidade, pelo exercício do poder que cabe ao titular do direito de penhor ou de hipoteca, não se faz necessária a prestação de sujeito algum. Absoluto é o direito, porque prelação e direito de sequela se explicam *erga omnes*. Da mesma maneira, TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. 13ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 544, doutrina que penhor e hipoteca são direitos reais de garantia que têm a função de garantir a satisfação de um crédito.

personais. Em que, para além das garantias do direito civil, ainda se pode inserir aquelas de natureza processuais, como a penhora e o arresto.⁵²

Alguns civilistas ensinam que, por não se conseguir, nos direitos reais de garantia, a cisão do direitos da propriedade como o direito de disposição, de uma vertente, e os direitos de uso, de outra, que estes não poderiam ser propriamente ditos direitos reais.⁵³

Naturalmente, que sempre foi uma premissa consagrada universalmente de que o patrimônio do devedor constitui garantia de seus credores, por obrigações assumidas voluntariamente ou decorrente de lei, respondem os bens do devedor. Entretanto, chama-se a atenção aos principais riscos dos credores: o concurso de pretensões excessivas (“*troppe pretense*”) sobre bens do patrimônio do devedor que se apresentam insuficientes; e a diminuição pelo devedor, de bens com os quais ele deveria responder às dívidas. Para a defesa desse risco, o ordenamento trouxe o conhecimento das garantias especiais.⁵⁴

Como referido anteriormente neste trabalho, antes do advento da Lex Paetelia Papiria (ano 326 a.C.), em Roma, o próprio devedor, ou seu corpo, servia de garantia para o pagamento das dívidas. Assim como os romanos, também os egípcios e os hebreus, nestes últimos estendendo-se até a família, transformando-os em escravos. Porém, a partir daquela lei, entre os romanos, a garantia das dívidas passou a ser sobre o patrimônio, ao

⁵² Referente a garantias reais há uma enorme bibliografia na doutrina portuguesa: MENEZES CORDEIRO, Direitos Reais, reimpressão, Lisboa, 1993; ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, v. II, 7ª ed, Coimbra: 1999; ROMANO MARTINEZ, *Garantias de Cumprimento*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

⁵³ HENRY PAGE, conforme BESSONE, Darcy. Direitos reais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309, classificava os direitos de garantia como direitos reais de segunda zona. O mesmo autor salienta que apesar da relação garantida ser de natureza pessoal, a “vinculação de certo bem a tal relação é, entretanto, de natureza real, por implicar poder direto e imediato do credor sobre a coisa, independentemente do devedor, ou do dono dela. O direito real garante, assim, um direito pessoal (crédito)”, p. 310. Por sua vez, ORLANDO GOMES, Direitos reais, p. 462, baseado em RUGGIERO, salienta que a *realidade* dos direitos de penhor e hipoteca consiste em oportunizar ao credor sobre a coisa um poder especial de dependente, em razão do qual o titular pode rastrear a coisa onde ela se encontre para fazer valer seus direitos. Ademais, reafirmar os entendimentos de MARTIN WOLFF, em que a relação jurídica do penhor ou hipoteca, exclui uma prestação do proprietário, “não precisa da interferência deste. É, portanto, relação jurídica real”.

⁵⁴ TRABUCCHI, *Instituzioni di diritto civile*, p. 653.

lado da garantia pessoa da fiança, surgindo as figuras da fidúcia e do *pignus* (penhor) primeiramente; e da hipoteca⁵⁵ e usufruto de créditos, posteriormente.⁵⁶

Diferentemente do que acontece atualmente, na Roma antiga, as garantias pessoais eram mais utilizadas do que as garantias reais.⁵⁷ Na Idade Média, prevaleceu a forma pignoratícia referente a coisas móveis, tornando-se evidente o fato pela apropriação da coisa pelo credor. Sobreveio, no século XIII, no direito imobiliário, uma garantia denominada “Satzung”, a qual era concretizada por meio de solenidade pública, surgindo daí o início do princípio da publicidade adotada no direito alemão. A qual, segundo WOLFF, é a origem da hipoteca.

Quanto às garantias reais propriamente ditas, iniciamos com o usufruto de créditos, em que o credor e o usufrutuário possuem direitos concorrentes sobre a mesma prestação, e assim essa figura se assemelha à garantia do penhor. Assim, o credor de uma prestação, a fim de garantir o pagamento de uma dívida, oferece ao seu credor o usufruto daquela prestação. Ou seja, o titular de um depósito bancário concede a um de seus credores esse depósito, o que permite ao usufrutuário o direito de receber os juros⁵⁸. Diversamente do penhor de direitos, o usufruto de créditos, de dinheiro ou de participações sociais⁵⁹ pode oferecer ao seu titular a possibilidade de administrar, em associação com o titular, o direito dado em usufruto. O que não se verifica quando o

⁵⁵ Alguns estudos indicam que a hipoteca nasceu, a bem da verdade, do *pignus*, em que a garantia ficava em poder do devedor. A hipoteca, ainda segundo WOLFF, era um direito sobre coisa alheia, constituído por simples contrato e sem transferência da posse, que concedia ao credor um direito a realizar um valor, um direito de venda. Não pagando a dívida, o pretor dava ao credor o direito de receber a coisa para que ela fosse alienada. As falhas indicadas pelo doutrinador, do direito romano, eram referentes à falta de forma, ao tratamento igual da hipoteca frente aos bens móveis e imóveis e à ausência de publicidade do ônus.

⁵⁶ O surgimento dessas figuras é mais detalhadamente tratado no ponto 5.1. “Informações sobre o surgimento do penhor”.

⁵⁷ MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 10ª ed., p. 350, ao considerar os defeitos daquele sistema, hoje considerados graves cita que “...assim, por exemplo, a constituição de hipoteca mediante simples convenção; a falta de segurança na publicidade da hipoteca; a admissibilidade de hipoteca sobre todos os bens, presentes ou futuros, de uma pessoa”.

⁵⁸ Art. 1464 do CC/PT: “1. O usufrutuário de capitais postos a juro ou a qualquer outro interesse, ou investidos em títulos de crédito, tem o direito de perceber os frutos correspondentes à duração do usufruto.”

⁵⁹ Para maiores informações referentes ao usufruto de ações ver MARTINS, José Pedro Fazenda. *Direitos Reais de Gozo e de Garantia sobre Valores Mobiliários*. AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 99 a 119.

usufruto é de bens incorpóreos, como o direito de autor⁶⁰, que não se caracteriza como um usufruto de créditos.

Outra forma de garantia real é a hipoteca que ainda pode ser legal, judicial e voluntária.⁶¹ A denominação hipoteca pode ser usada tanto como direito de garantia real, como de contrato por meio do qual se constitui um direito em causa.^{62 63} Assim, a hipoteca pode ser considerada um direito real de garantia por força do qual bens imóveis e seus acessórios, bem como os móveis com características de imóveis, que permanecem em poder do devedor ou do prestador da garantia, asseguram o pagamento de uma dívida, preferencialmente. O que garante o pagamento da dívida, a outros credores não titulares de privilégios maiores, ou de hipotecas não anteriores, é o valor ou o preço do bem obtido na execução.

Essa garantia se diferencia do penhor tradicional pelo fato de o bem não ficar onerado em poder do credor, aproximando-se aos penhores especiais convencionais, nos quais o bem continua em poder do devedor. Aliás, os penhores especiais ou sem desapossamento estão cada vez mais importantes economicamente, e talvez responsáveis pelo tratamento legislativo único com a denominação de hipoteca. Assim é no Código Civil de Quebec, no seu art. 2.660, em que é definida a hipoteca como um direito real sobre um bem, móvel ou imóvel, afetado à execução de uma obrigação.

A hipoteca teve grande importância no desenvolvimento dos créditos industrial e rural, bem como na criação de mercado destinado à habitação. O sujeito ativo da obrigação denomina-se credor hipotecário, e o sujeito passivo denomina-se devedor hipotecário. O credor hipotecário possui, ainda, os direitos de sequência e preferência, assumindo o devedor um ônus de natureza real. Não sendo cumprida a dívida, o credor

⁶⁰ Art. 45 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos: “1 – O direito de autor pode ser objeto de usufruto, tanto legal como voluntário. 2 – Salvo declaração em contrário, só com autorização do titular do direito de autor pode o usufrutuário utilizar a obra objeto do usufruto por qualquer forma que envolva transformação ou modificação desta. “

⁶¹ Para um estudo sobre os tipos de hipoteca ver ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*; MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*; MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca*.

⁶² Igualmente ocorre em outras figuras das garantias, como fiança ou penhor, que tanto pode ser utilizada no sentido de direito constituído, como do contrato o qual se baseou.

⁶³ Nesse sentido, a hipoteca pode ser um contrato bilateral, acordado entre o autor da hipoteca, titular do direito sobre a coisa, o qual não poderá ser o devedor da obrigação garantida, e o credor hipotecário. Igualmente, pode constituir-se por meio de um negócio jurídico unilateral em conformidade com o art. 712 do CC/PT, e em particular testamento (art. 714 do CC/PT).

hipotecário tem o direito de executar o bem dado em garantia para que, com o valor obtido de sua venda, pague a obrigação.

De igual maneira que os demais direitos de garantia, a hipoteca é um direito acessório. Isto é, a existência da hipoteca é ligada a uma relação obrigacional principal, não podendo subsistir sem a existência anterior de um crédito. A hipoteca tem, ainda, que recair sobre bens determinados, não podendo haver garantia real sem um bem imóvel determinado.⁶⁴ Cabe destacar que o direito real de hipoteca não é hipotecável, porém, pode ser oferecido em garantia por meio de um penhor. Assim, o credor hipotecário, titular do direito real de hipoteca, poderá dar em penhor o seu direito, o que estaríamos perante o penhor de direitos que, contrariamente à regra, estaria sujeito a registro.⁶⁵

Por fim, há, ainda, os privilégios creditórios⁶⁶, que são concedidos a determinados credores em referência à natureza do crédito. A definição está prevista no artigo 733 e seguintes do Código Civil⁶⁷, em que elucida que são concedidos a determinados credores uma preferência independentemente de registro ⁶⁸. Portanto, cuida de uma preferência no cumprimento, em regra de obrigações pecuniárias, advindas da lei, eis que os privilégios creditórios não são aptos de serem constituídos por negócio jurídico.

⁶⁴ MARTINEZ, DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*. Cit. p. 193.

⁶⁵ MARTINEZ e DA PONTE destacam, ainda, que “Para além do tradicional penhor de direitos, o legislador veio a admitir a criação de uma nova figura, designada por obrigações hipotecárias (Decreto-Lei nº 59/2006 de 20 de Março). As instituições de crédito autorizadas emitem obrigações hipotecárias de forma contínua ou por séries, com um prazo de reembolso entre dois e cinquenta anos. As obrigações hipotecárias são asseguradas por créditos garantidos por primeiras hipotecas, nos termos do art 16º do diploma citado e, excepcionalmente, por outros activos indicados no art. 17º. As garantias hipotecárias, depois de emitidas, são admitidas a negociação; isto é, podem ser transaccionados títulos que incorporam tais obrigações hipotecárias. Desse modo, o credor hipotecário (entidade emitente) negocia a sua hipoteca, vendendo títulos que representam parte ou a totalidade do valor do bem hipotecado, com os limites constantes do nº 4 do artigo 16 e do artigo 19 do Decreto-Lei 59/2006.”

⁶⁶ Para maiores detalhes desse instituto, consultar: MARTINEZ, *Garantias de Cumprimento*, p.207-234; CARNEIRO PACHECO, *Dos privilégios creditórios*; LUIS GONÇALVES, *Privilégios Creditórios*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 67 (1991).

⁶⁷ Art. 733 CC/PT: “Privilégio creditório é a faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência a outros.”

⁶⁸ Existem outros em diplomas esparsos como o estabelecido na segurança social pelo Decreto-Lei 512/76 de 3 de julho, e o 103/80 de 9 de maio; ou na Lei dos Salários em Atraso, nº 17/86 de 14 de julho em favor dos trabalhadores.

Podem se tratar de privilégios mobiliários ou imobiliários, em que cada um pode ainda ser gerais ou especiais ⁶⁹, com relação ao direito de crédito que o garantem. Entretanto, sua eficácia depende da penhora sobre os bens que são objeto da referida incidência, o que faz com que a sua real constituição somente seja verificada quando correr os atos que a lei faz depender a sua atribuição, objetivando-se nos bens penhorados numa ação executiva. A categorização no artigo 735 do CC/PT descreve dois tipos de privilégios creditórios: os mobiliários, que tem por objeto coisas móveis; e os imobiliários, que tem por objeto coisas imóveis.⁷⁰

Como já se demonstrou, as garantias reais implicam utilização dos bens do devedor ou de terceiros para pagamento de determinadas dívidas preferencialmente. Destaca-se que, no caso dos privilégios creditórios dessa utilização, surgem alguns entraves, entretanto, as relativamente designadas “garantias reais”, surgem algumas dúvidas quanto à qualificação de serem denominadas como garantia em sentido técnico (consignação de rendimentos) ou serem de natureza real (privilégios creditórios gerais).⁷¹

Com isso, deduz-se que nem todas as garantias especiais, denominadas de reais, possuem natureza de direito real. Eis que só se qualificam como direitos reais as garantias que recaiam sobre certas e determinadas coisas.

⁶⁹ Os privilégios mobiliários tem por incidência objetos moveis e os imobiliários, por consequência do nome, os imóveis. São denominados especiais quando englobam o valor de determinados bens (tanto moveis quando imóveis), já os gerais são aquelas que compreendam o valor de todos os bens existentes no patrimônio do devedor no momento da penhora ou de outro ato semelhante. Em que os privilégios imobiliários são sempre considerados como especiais em conformidade com o artigo 735, nº 3 do CC/PT.

⁷⁰ Ainda, tais privilégios mobiliários poderão ser gerais ou especiais, a questão dificulta quando se falam dos privilégios imobiliários. O antigo texto do artigo 735, nº 3 do CC/P trazia que: “Os privilégios imobiliários são sempre especiais.”. Mesmo com essa informação, surgiram em alguns diplomas esparsos certos tipos de privilégios imobiliários gerais, que ia de encontro com o descrito no Código Civil. Dessa forma, a fim de alterar o sentido do texto, com o Decreto-Lei 38/2003, passou a constar: “Os privilégios imobiliários estabelecidos neste Código são sempre especiais.”.

⁷¹ Consultar MARTINEZ, *Garantias de Cumprimento*, p. 50-52.

PARTE II

A GARANTIA DO PENHOR

5. Noções Introdutórias

Apesar de ser perigoso limitar um instituto por meio de um conceito, a fim de limitar a evolução do direito, não podemos deixar de concordar que “não há ciência sem conceitos”⁷² e, portanto, ainda que delicado, é necessário descrever algumas características desse instituto com o objetivo de introduzir ao leitor o entendimento desse tipo de garantia especial.

O penhor pode ser descrito como uma garantia que se define na transferência imediata ou posterior da posse de alguma coisa ao credor. Pode-se distinguir entre *pignus datum* ou *pignus conventum* (distinção essa que se justifica pela definição de coisa móvel e imóvel). Entretanto, tal conceito permite-nos destacar algumas diferenças entre essas modalidades.

Portanto, antes de abordar os temas dogmáticos, cumpre analisarmos alguns dados históricos presentes no Direito privado.

5.1. Informações sobre o surgimento do penhor

Os direitos reais de garantia têm como principal função garantir uma obrigação, de um crédito, de forma que a não existência do crédito a ser garantido tem como consequência a ineficácia do direito real de garantia (sem crédito a ser garantido, não se pode falar em direito real de garantia). Deslocando essa afirmação para uma parte histórica, é curiosa a afirmação feita pela doutrina no sentido de que a história do penhor está diretamente ligada ao desenvolvimento do crédito.⁷³ A origem do penhor e dos direitos reais de garantia, em geral, relacionam-se pelas vicissitudes político-econômicas envolvendo a concessão do crédito para terceiros.

⁷² CABRAL DE MONCADA, Luís, *Filosofia do direito e do estado II. Doutrina e crítica*. Coimbra, 1966, p. 68-69.^[1]_{SEP}

⁷³ MENEZES CORDEIRO, António. *Direitos Reais*. Lisboa, Lex, 1993, p. 742.

A origem do penhor é um tanto controvertida. Clóvis Beviláqua, autor do Código Civil Brasileiro de 1916, seguindo a linha de Beauchet, sustenta que o penhor é um instituto muito antigo, milenar, cuja origem remonta o direito grego antigo, mais precisamente ao direito da grande República Ateniense. A terminologia utilizada na época era imprecisa, o que causava confusão entre a distinção do penhor e da hipoteca. O penhor grego caracterizava-se pela entrega de coisa móvel ou imóvel ao credor. Já a hipoteca, assemelhava-se à anticrese do direito contemporâneo, porque o credor poderia colher os frutos advindos do objeto emprestado, como os juros do capital.

O penhor era conhecido pela designação *enkyron*, que indicava a transferência da posse ao credor. Entretanto, como bem nota Beviláqua, a “variação da nomenclatura” do penhor “denuncia a inconsistência da figura jurídica”, no antigo Direito Grego.⁷⁴

Dessa inconsistência, detectada referente ao penhor do Direito Grego e relatada por grande parte da doutrina⁷⁵ que o primeiro mecanismo constituído, por meio do direito das coisas, para garantir as obrigações foi a *fidúcia cum creditore*⁷⁶, em Roma, no período republicano.

Na sua essência, a fidúcia constituía na celebração de dois negócios jurídicos diversos: o primeiro, as partes utilizavam-se das solenidades da *mancipatio* ou da *in iure cessio* e acordavam a transmissão para o credor da propriedade de determinado bem do devedor. Em segundo, o credor obrigava-se a devolver ao devedor a propriedade do bem dado em segurança tão logo a obrigação restasse cumprida. Moreira Alves⁷⁷ ainda lembra que os romanistas denominam esse segundo negócio jurídico de *pactum fiduciae*. Esse tipo de negócio era feito com base na boa-fé e na confiança, pois o alienante não tinha ação contra o fiduciário para reaver a coisa, verificado o fato a justificar o retorno da coisa ao antigo proprietário. As ações para tutelar o direito do devedor fiduciante só apareceram no final da República.

⁷⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*, vol. 2. São Paulo, Freitas Bastos, 1942, p. 49.

⁷⁵ Ver Enneccerus, Kippe e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, p. 167; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*. p.6 e ss; Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, p.742; Moreira Alves, *Direito Romano*, p. 406.

⁷⁶ Moreira Alves descreve que, embora seja uma corrente minoritária, ainda há autores que defendem que a *fidúcia cum creditore* é posterior ao penhor, ou seja “embora Erbe defenda a tese de que a mais antiga forma de garantia real em Roma tenha sido o penhor (*pignus datum*), pois a fidúcia pressupõe, em face de sua estrutura, desenvolvimento jurídico incompatível com tempos muito remotos, a opinião largamente dominante entre os romanistas é a de que a fidúcia foi a primeira garantia real conhecida dos romanos”. Cf. obra *Da Alienação*.p.1.

⁷⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1965, p. 406.

De um ponto de vista técnico jurídico, a *fidúcia cum creditore* não era um direito real sobre coisa alheia. Na verdade, o bem dado em garantia passava para a propriedade do credor; somente quando extinta a obrigação principal, o credor poderia restituí-la, em virtude do *pactum fiduciae*. No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o devedor e o credor acordavam dois tipos de solução. Na primeira, o credor manteria a propriedade do bem definitivamente (*lex comissória*), e na segunda, o credor se comprometeria a satisfazer seu crédito mediante o recebimento do produto da alienação do bem (*pactum de vendendum ou de distrahendo*).

Segundo Menezes Cordeiro e Moreira Alves, a *fidúcia cum creditore* ainda trazia alguns inconvenientes tanto para o credor, quanto para o devedor. A *fidúcia* era extremamente gravosa para o devedor, pois ele ficava desde a constituição da garantia sem a propriedade do bem, não podendo gozá-la enquanto não extinguisse o seu débito perante o credor. Somado a isso, o devedor era obrigado a transferir para o credor um objeto cujo valor poderia ser bem maior que o da dívida garantida. Isso impossibilitava o devedor de se utilizar o determinado bem para garantir outros débitos ou para obter novos créditos. Ainda, o devedor, para conseguir reaver o bem, ficava na dependência exclusiva da vontade do credor, pois o devedor não dispunha de uma *actio* para obrigá-lo a restituir a coisa. E mesmo que, posteriormente, quando surgiu a *actio fiduciae*, leciona Moreira Alves que “era ela uma ação pessoal contra o credor, razão por que, se este alienasse a coisa a terceiro, em vez de restituí-la, o devedor, por intermédio da *actio fiduciae*, podia obter apenas indenização pelo não cumprimento do pacto de restituição da coisa (*pactio fiduciae*) e não, a anulação da venda ao terceiro”.⁷⁸

De outro modo, na perspectiva do credor, a *fidúcia cum creditore* também proporcionava inconvenientes. Muito embora com a transferência da propriedade o credor ficasse mais seguramente garantido, se o bem dado em garantia, por qualquer motivo, recaísse na posse do devedor, este, no fim de um ano, recuperaria a propriedade sobre o bem, utilizando-se para isso de uma modalidade específica de usucapião, chamada de *usureceptio*⁷⁹. Da lição de GAIO, é importante esclarecer a distinção entre *fidúcia cum amico* e a *fidúcia cum creditore*. Referindo-se a um critério com base na transmissão da coisa. Dessa forma, a *fidúcia cum creditore* tinha como finalidade a garantia do crédito,

⁷⁸ Idem

⁷⁹ Ibidem p.407.

e a *fidúcia cum amico* era uma figura genérica que servia para todos os demais casos práticos.

O que facilmente pode se concluir é que a *fidúcia cum creditore* possibilitava ao credor uma garantia útil, considerando um risco notável para o devedor, o qual ficava privado da propriedade da coisa. Ainda, havia outra desvantagem, que era o fato de a *fidúcia* poder ser dada em garantia apenas uma vez sobre a coisa, visto que um bem não podia ser dado como garantia para vários credores de modo sucessivo.⁸⁰ Apesar dessas desvantagens, não podemos negar que a segurança da *fidúcia cum creditore* a deixava bastante interessante aos olhos do credor, já que não precisariam dispor de diversas garantias reais para impor as suas vontades ao devedor. Destaca-se, ainda, que a *fidúcia cum creditore*, diferentemente do *pignus* e da hipoteca, não determinava o início de qualquer forma de direito real, eis que o direito contraído pelo credor era o direito de propriedade e não um direito sobre coisa alheia.⁸¹

Por outro lado, o *pignus* concedia ao credor a posse da coisa dada em garantia até o pagamento da dívida. Dividia-se o *pignus* em *datio pignoris*, caracterizada pela entrega da coisa ao credor, e em *conventio pignoris*, identificada pela permanência da coisa com o devedor, como exemplo a já conhecida hipoteca grega.⁸²

Para fornecer maior efetividade ao *pignus*, era normal o pacto de autorização da alienação da coisa, para que, com o resultado da venda, fosse possível quitar o débito. Esse pacto era denominado de *pactum distrahendi* ou *lex comissória*, que permitia a apropriação da coisa pelo credor, esta posteriormente condenada por Constantino. Do

⁸⁰ SCHULZ, *Derecho Romano Clássico*. Barcelona: Bosch, 1960, p. 388.

⁸¹ CURA, Antonio alberto Vieira. *Fiducia cum creditore* – aspectos gerais. Coimbra: 1988.

⁸² MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 10ª ed., destaca que o penhor e a hipoteca, no direito romano, mostravam-se como quase uma única diferença, a de que, no penhor (*pignus datum*), havia o desapossamento da coisa em favor do credor, enquanto que a hipoteca (*pignus obligatum*) não acontecia. E acrescenta: “Ambos - penhor e hipoteca - aplicavam-se, indistintamente, às coisas móveis e imóveis. Aliás, a semelhança desses dois institutos está retratada na própria designação que as fontes dão a eles: ao penhor, *pignus datum*; à hipoteca, *pignus obligatum*. Em ambas as expressões, o substantivo é o mesmo (*pignus*); o adjetivo é que muda: *datum* ou *obligatum*. Só no direito justinianeu é que se torna corrente, para o *pignus obligatum* (hipoteca), a denominação *hypotheca*” p.350. De se lembrar de que os direitos reais de garantia são denominados apenas de direitos pignoratícios.

direito do credor de poder se apropriar dos frutos da coisa como forma de remuneração do capital, criou-se o pacto de anticrese, que depois foi proibido por Justiniano.⁸³

As origens do penhor e da hipoteca, conseqüentemente, são romanas, do mesmo modo que a alienação fiduciária em garantia, não obstante algumas características em comum com o *trust* do direito anglo-americano. A origem da hipoteca é um tanto obscura, alguns autores o tem como aquela praticada na Grécia, antes de ser inserida em Roma, porém, é considerada como lenta criação do direito romano. Há, ainda, quem sustente que os latinos tomaram dos gregos somente uma palavra nova para denominar algo um tanto antigo. De fato, no direito inglês, a hipoteca é mais habitualmente conhecida como *mortgage*. Moreira Alves sustenta que alguns autores, tendo como base, principalmente, no nome dessa garantia real, consideram que ela passou do direito grego para o romano; já outros indicam sua origem nos *praedia subdita uel subsignata*, que consistia numa garantia imobiliária dada a créditos públicos.⁸⁴ Assim, podemos dizer que a hipoteca originou, a bem da verdade, do *pignus*, em que a garantia ficava em poder do devedor.

⁸³ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Do direito do promitente comprador e dos direitos reais de garantia* (penhor, hipoteca, anticrese). Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

⁸⁴ MOREIRA ALVES. Direito romano. 10ª ed., p. 352-353, em que apontou a provável origem do instituto: “É mais seguida uma terceira teoria que localiza a origem da hipoteca no arrendamento de imóveis rurais. Segundo essa tese, a hipoteca surgiu em virtude de o arrendatário de imóvel rural, para dar em penhor, como garantia do pagamento dos aluguéis, os bens móveis de que ele necessitava para explorar a terra (os *inuecta et illata*, que consistiam em gado, escravos, utensílios, máquinas agrícolas), ter de transferir a posse deles ao locador. Ora, se assim fizesse, ficando, portanto, sem seus instrumentos de trabalho, como poderia ele explorar o imóvel para auferir meios com que pagasse os aluguéis? Mesmo que o locador lhe permitisse reter os *inuecta et illata* a título de precário, sendo este revogável a qualquer momento, o locatário ficaria à mercê do locador. Para obviar isso, só havia um caminho a seguir: a admissão de garantia real sem que o devedor fosse desapossado da coisa. E foi a solução. A princípio, admitiu-se que, por simples convenção, os *inuecta et illata* garantissem o pagamento dos aluguéis, embora continuassem na posse do locatário, concedendo o pretor - e isso deve ter ocorrido nos fins da República - um interdito (o *interdictum Saluianum*) ao credor para compelir o devedor, se não pagasse o aluguel, a transferir-lhe a posse dos *inuecta et illata*. Mas esse interdito não garantia suficientemente o credor, pois era dado apenas contra o devedor, e podia ocorrer que este tivesse alienado os *inuecta et illata* a terceiro. Por isso, um pretor de nome Seruius, ainda nos fins da República, criou uma ação real - *actio Seruiana* - pela qual o credor podia entrar na posse dos *inuecta et illata* estivessem eles em poder ou do locatário, ou de terceiro. Mas, interdito Salviano e ação Serviana só eram aplicáveis nos casos de arrendamento de imóveis rurais. Para estender a outros casos essa garantia real sem o desapossamento da coisa, foi preciso que, no meado do século I d.C, se concedesse, *utilitatis causa*, a ação Serviana a todas as espécies de crédito. Essa nova *actio* é denominada, nos textos dos diferentes períodos de evolução do direito romano, *actio Seruiana utilis*, *actio quasi Seruiana*, *actio hypothecaria*. Surgiu, assim, em Roma, a hipoteca, com a denominação, nos textos clássicos em geral, de *pignus obligatum* (em contraposição ao *pignus datum*, que era o penhor), e, mais, no direito justiniano, de *hypotheca*”.

O Direito evolui junto à sociedade, porque, com o tempo, assim como ocorre nas sociedades, isso porque é reflexo destas. Nesse ponto, os ordenamentos jurídicos acabam por manter institutos criados em outros tempos, e é aqui que o Direito romano, ainda que não vigente, possui um valor informativo que é primordial na formação de um jurista. É por esse motivo que se restou necessário abordar, ainda que sucintamente, o instituto do penhor como garantia no Direito Romano.

6. Definição da garantia do penhor

Nos itens seguintes, será apresentada uma breve descrição das características particulares do penhor enquanto direito de garantia, procurando analisar, inicialmente, a acessoriedade, em que a garantia acompanha o elemento principal, bem como as características da indivisibilidade e da especialidade.

6.1. Acessoriedade

A primeira das características a ser estudada será o princípio da acessoriedade, como requisito da característica da garantia do Penhor. Assim, como a própria nomenclatura indica, podemos dizer que a garantia não pode surgir se o cumprimento garantido não existe, isso porque tal princípio está fixado na ideia de determinado cumprimento, ou em um cumprimento, ao menos, determinável. Ou seja, o crédito deverá estar garantido no momento de sua formação. Isso ocorre porque não existe um favorecimento apenas da circulação dos bens, mas igualmente porque é necessário ter uma noção do que se está a garantir, especialmente do valor máximo que a garantia busca socorrer.⁸⁵ Apesar de que não se pode esquecer de que não existe qualquer proibição de que não seja formando um penhor antes de existir uma dívida constituída, apesar de que, não existindo a dívida garantida, estaremos diante de uma mera expectativa de direito real de garantia.⁸⁶

Feito desse modo, frente à obrigação garantida, o penhor possui uma autonomia estrutural – em razão de, concomitantemente, tratarmos com um direito de real e de

⁸⁵ RUBINO, Domenico. *L'ipoteca mobiliare e immobiliare*. Milão: Giufrè, 1956, p. 27-30. Salienta o fato de na hipoteca – situação que valerá mutatis mutandis, para o penhor - a garantia não pode referir-se genericamente a todos os créditos, mas para um número determinado, devendo se certificar da indicação específica dos bens que serão responsáveis pela dívida.

⁸⁶ CUNHA, Paulo. *Da Garantia das Obrigações*. Vol. II, p. 198.

crédito,- e conjuntamente de uma conexão funcional advinda de um propósito de garantia com intuito de garantia do pagamento ou a satisfação do interesse do credor.⁸⁷ Cumpre frisar que é no sentido de se analisar essa relação entre o penhor e o crédito garantido que por vezes tem-se arruinado algumas tentativas de criar teorias a respeito do penhor. Tais tentativas poderão ser concretizadas se não for deixado de lado um ponto de vista meramente estrutural, em que o penhor é autônomo frente à relação garantida, eis que por esse motivo fica visível o fato de a relação derivada da sua formação ter caráter real, ainda que sua origem seja numa relação obrigacional.^{88 89}

Pois bem, partimos do entendimento de que a ideia de acessoriedade – em especial no que diz respeito às garantias - parte de uma relação creditícia, vez que a garantia real busca resguardar ou prevenir as consequências de um possível incumprimento de uma obrigação por parte do devedor.

Uma vez que o cumprimento é o meio natural da extinção de uma obrigação, o penhor perderá o sentido nos casos em que ocorrer o cumprimento da obrigação garantida, ficando o empenhador liberado da garantia de cumprimento acessório.⁹⁰ Nesse mesmo sentido, a garantia do penhor, caso se verifique o cumprimento, fica reduzido a uma força latente que não chegou a atuar e, por consequência, fica extinto o referido cumprimento por parte do devedor ou de terceiro. Entretanto, caso isso não ocorra, passará uma ocorrência de exteriorização dessa força, passando, dessa forma, para a fase de execução do crédito, ponto em que o penhor, em razão de conferir preferência na satisfação do crédito, surge como figura principal.

⁸⁷ PINTO. Carlos Alberto da Mota. *Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1975. p. 136.

⁸⁸ ALVES, Hugo Ramos. *Do Penhor*. Coimbra: Almedina, 2010. p.64.

⁸⁹ A propósito da fiança, em MEDICUS. *Schuldrecht II – Besonderer Teil*, Munique: VErlag C, H. Becj, 2006. P. 193-194: distingue-se alguns graus de de acessoriedade, a saber: no nascimento (“Entstehung”); no conteúdo (“Inhalt”); na manutenção (“Zustandigkeit”); na execução (“Durchsetzung”) e na extinção (“Erloschen”). Em que podemos exportar para outras garantias. Ademais, STEINMEYER, *Die Akzessorischen Schuldverhältnisse des BCG*, Gottingen, 1933, pp.9-10, defendeu que além de um conceito quadrado de acessoriedade (“Oberbegriffe”) há, ainda, um duplo conceito: a acessoriedade no nascimento e a acessoriedade plena. Em que a primeira teria uma característica limitada (“beschränkte Akzessorietat”) vez que a segunda possuiria uma modalidade de cobrir as fases posteriores ao nascimento, que seria uma acessoriedade ilimitada (“unbeschränkte oder Strenge Akzessorietat”). No que se refere ao penhor GERHARDT, *Mobiliarsachenrecht*, p. 176, entende estarmos diante de uma acessoriedade forte, em razão de sua característica acessória estar presente na existência do penhor desde o seu nascimento, fase de execução até a sua extinção.

⁹⁰ Tal entendimento acompanha as lições a respeito da fiança de JANUARIO DA COSTA GOMES, em *Assunção fidejussória de Dívidas*, p. 1036.

Referido desfecho ocorre pela própria figura da acessoriedade, que age como uma ligação entre dois créditos. Apesar disso, também será importante ligar a figura da acessoriedade à própria finalidade da garantia, como resultante do propósito do negócio. Ainda, por meio da ligação entre o princípio da acessoriedade com a finalidade da garantia buscada pelo penhor, tem-se não somente o motivo da comunicação do créditos envolvidos como também o fato de o fim da garantia explicar o cumprimento, eis que não acionada a garantia em razão do credor ter o seu interesse satisfeito.⁹¹

6.2. Indivisibilidade

Em continuação dos princípios característicos da figura do penhor, há, ainda, o da indivisibilidade, disposto nos artigos 696 e 698 do CC/PT, em que “salvo convenção em contrário, a hipoteca é indivisível, subsistindo por inteiro sobre cada uma das coisas oneradas e sobre cada uma das partes que as constituam, ainda que a coisa ou o crédito seja dividido ou este se encontre parcialmente satisfeito.”. E ainda, que apesar da obrigação garantida ser extinta, não implicará na extinção parcial da garantia.

É oportuno destacar que não se trata de um princípio de ordem pública ou de uma característica inerente do penhor, mas de uma regra acessória supletória, a qual pode ser afastada pelas partes. A indivisibilidade, assim, possui uma vantagem de emancipar o credor do risco da desvalorização ou perda da coisa dada em garantia, além de não necessitar fazer uma avaliação da coisa antes de ser dada em garantia.⁹²

Em vista disso, podemos afirmar que a indivisibilidade importa no fato de o bem empenhado garantir o cumprimento da obrigação até a total satisfação do credor e, ainda, se o penhor incidir sobre várias coisas móveis, recairá sobre cada uma, mesmo que algumas pereçam.⁹³ Significa dizer que a indivisibilidade opera com duas ideias distintas. A primeira concepção - no que se refere ao crédito garantido - o penhor permanece intacto à extinção parcial da obrigação, ou ao parcelamento do crédito/débito. Na segunda concepção - referente ao bem vinculado -, a divisão da coisa empenhada não proíbe que

⁹¹ Ibidem, p.115-118.

⁹² LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 719.

⁹³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7ªed. Vol. II, Coimbra: Livraria Almedina. 1997, p. 529.

qualquer parte ou bem permaneça vinculado em garantia da totalidade do crédito de forma semelhante aos que possuem pluralidade originária de bens.⁹⁴

Além de tudo, é importante destacar que a característica da indivisibilidade do penhor não advém de princípios inderrogáveis, mas ao contrário, restringe-se a satisfazer a exigência prática de certificar ao credor pignoratício a maior garantia possível, o que não se descarta a possibilidade de ser afastada pelas partes mediante convenção. Assim, é perfeitamente possível que uma cláusula possibilite a restituição parcial dos bens, em razão da satisfação parcial do crédito ou, ainda, que limite a garantia a uma parte do crédito por meio de uma predeterminação da soma garantida.⁹⁵

Ademais, a indivisibilidade não influencia sobre a natureza do crédito, mas de maneira oposta, advém do sentido da garantia e da vontade prevista pelas partes, relacionando-se com a extensão da garantia e ao exercício da ação pignoratícia. O que corresponde dizer que se refere tanto à soma garantida quanto à coisa onerada pelo direito do penhor. De outra forma, entendemos não ser irrelevante dizer que o princípio da indivisibilidade não busca responder a uma lógica interna do instituto, visto que tal corresponderia à tutelar somente a exigência prática de conceder ao credor a máxima garantia possível, dado que não se consegue similarmente que as partes possam renunciar à indivisibilidade e determinar uma regra diversa para prover uma autonormatização de seus interesses.⁹⁶

Para concluir, a indivisibilidade não busca apenas defender a exigência de atribuir ao credor uma máxima garantia possível, na medida em que nos casos de incumprimento total de uma obrigação ou de uma obrigação que incida parcialmente sobre o crédito garantido, o credor tem a opção de executar o bem, nos limites de não poder se satisfazer com um valor maior do que o do crédito garantido. Em que corresponde dizer que o credor pignoratício não está obrigado a concordar na restituição de uma parte da coisa empenhada, ainda que já satisfeita a maior parte do crédito, porém não em sua integralidade.⁹⁷

⁹⁴ GABRIELLI, Enrico. *Il Pegno "Anomalo"*. Pádua: Cedam, 1993, p.73.

⁹⁵ REALMONTE, Francesco. *Il Pegno* in Rescigno (coord.). *Tratatto di diritto privato*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1985, p.637-638.

⁹⁶ CICARELLO, Sebastiano. *Pegno* (direito privado) in ED, tomo XXXII. Milão: Giuffrè Editore, 1982, p. 685.

⁹⁷ CUSATO, Barbara. *Il Pegno*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 55.

6.3. Especialidade

A figura do penhor tem como característica a especialidade de um objeto o qual será afeto a garantia, ou seja, delimitar dentro da responsabilidade patrimonial do devedor e, simultaneamente, constituir um valor para a satisfação do credor pignoratício. Característica essa que é encontrada expressamente no Código Civil, no artigo 666º em que termina que o penhor seja satisfeito “*pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos*”.

A especialidade, a qual consiste no fato de somente poderem ser dadas em garantia coisas individualizadas, ou seja, o legislador não reconhece a figura do penhor genérico a qual cairia em todo o patrimônio do devedor. Isto é, não é admissível um penhor de todos os bens englobados no seu patrimônio.⁹⁸

Em bem da verdade, o principal objetivo da especialidade é determinar a proibição de ser dada em penhor a totalidade dos bens de propriedade do devedor, implicando que o penhor recaia sobre determinados bens especificados como objeto do contrato, a fim de que sobre todos eles incida o princípio da acessoriedade.⁹⁹ Dessa forma, a garantia deve ser estabelecida sobre um bem especificadamente indicado e para créditos determinados, fato esse que, tradicionalmente, seja rejeitada a possibilidade de serem os bens empenhados substituídos livremente.

Portanto, a especialidade diz respeito ao próprio crédito garantido, constituindo de dois requisitos distintos: I) a determinação original do crédito garantido e II) a indicação de uma soma, ou seja, a quantia máxima que o bem busca responder, sob pena de nulidade.¹⁰⁰ Destaca-se que essa soma não se refere ao crédito, mas, sim, com uma fixação prévia do valor máximo que o bem dado em garantia busca responder. O que

⁹⁸BAUR, Fritz. Lehrbuch des Sachenrechts. 10ª ed. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1978. P. 533. Ainda, no que se refere a hipoteca Isabel Menéres Campos, Da Hipoteca, p.48. cita a especialidade num sentido amplo, em que integraria a especialidade referente ao objeto e a especialidade referente ao crédito assegurado, que derivaria da natureza da hipoteca. Assim, seria obrigatório não somente determinar os elementos individualizadores do bem sobre o qual consiste a garantia e a situação jurídica do prédio como também os elementos relativos ao prédio. Neste sentido, o princípio trata da proteção de terceiros, os quais devem ter a oportunidade de conhecer, em termos exatos e por meio da publicidade do registro, a oneração que calha sobre o prédio.

⁹⁹ BULOW, Peter. Rech der Sicherheiten – Sachen und Rechte, Personen. 6ª ed. Heidelberg: C. F. Muller Verlag, 2003. Nm.475.

¹⁰⁰ Por força do art. 280 do CC/PT.

igualmente vale dizer que a constituição do penhor não é o mesmo de uma liquidação preventiva do crédito, tampouco uma liquidação sancionatória designada a ser maior que o correspondente à soma real, uma vez que não se busca mais do que determinar um montante máximo referente ao qual o bem empenhado se responsabiliza.¹⁰¹

Ainda, cabe destacar que a admissibilidade do penhor rotativo, ou seja, um penhor que possibilita a individualização de um bem no momento da constituição da garantia do penhor, para em momento oportuno ser substituído por outro, tem colocado algumas dificuldades de ordem teórica referente a esse princípio, começando aos poucos a ganhar adeptos a possibilidade de se conceder às partes a oportunidade de pactuarem a substituição do bem ou dos bens empenhados.¹⁰²

7. Penhor de Direitos de Crédito

Podemos dizer que, ao penhor de direitos, são aplicáveis todas as normas do penhor de coisas, desde que não seja contrariado pela natureza especial do penhor, conforme art. 679º do CC/PT. Aplicam-se, dessa forma, ao penhor de direitos, as disposições previstas para o penhor de coisas que não sejam contrárias à sua natureza especial e às disposições específicas do penhor de direitos previstas no mesmo Codex.

A principal diferença entre o penhor de coisas e o penhor de direitos diz respeito, essencialmente, ao objeto referente à garantia: enquanto no penhor de coisas estamos perante um bem corpóreo, no penhor de direitos, estamos perante um direito.

A modalidade mais comum do penhor de direitos é o penhor de créditos. Além de assumir um papel muito importante no âmbito jurídico, reveste-se de grande relevância no âmbito do financiamento de projetos e das operações de titularização de créditos.

Inicialmente, cumpre destacar que é possível utilizar para penhor de direito os estudos obtidos por meio de outras garantias, principalmente no tocante ao objeto deste trabalho, o penhor de crédito futuro.

Entretanto, a doutrina pouco tem tratado sobre o penhor de direitos de crédito, tendo suas referências bibliográficas bem inferiores às do tradicional penhor de coisas (*pignus datum*). Tal instituto tem sido usualmente tratado para os casos de penhor de

¹⁰¹ RUBINO, L'ipoteca mobiliare e immobiliare. cit., p. 78.

¹⁰² CUSATO, Il pegno, p. 57-58. Referente ao penhor rotativo vale a leitura de JOANA PEREIRA DIAS, *Mecanismos convencionais da Garantia do Crédito: Contributo para o Estudo da Garantia "Rotativa" Mobiliária no Ordenamento Jurídico Português*.

conta bancária, o qual é umas das possibilidades sobre o penhor de crédito. Demonstrando que referido instituto é mais abordado dentro do Direito Bancário do que nas próprias garantias dos Direitos das Obrigações.

A dificuldade de estudar e pesquisar o referido instituto tem ficado de lado dentro do ordenamento, talvez em razão da dificuldade do desapossamento – para os casos de hipoteca, ramificada do estudo do penhor *lato sensu* - ou até mesmo na criação de diversas garantias a cada dia mais novas que passam a ser mais interessantes ou até mesmo utilizadas apenas por inovar no ordenamento.

Ocorre que o penhor, por ser uma das garantias jurídicas mais antigas de que temos conhecimento¹⁰³ e ainda vigente no ordenamento com aplicação legislativa, é que se justifica o presente estudo bem como de utilizá-lo como em cima de um penhor de direito. Ainda mais quando, na atual sociedade, o dinheiro e o crédito têm desempenhado um papel, se não fundamental, importante na circulação de riquezas, sendo viável uma ponderação profunda e aplicável acerca da eficácia da garantia da figura do penhor de créditos, em que o bem que é dado em garantia refere-se a um ativo da atividade econômica e financeira, ou seja, receber de outro uma prestação.¹⁰⁴

A investigação deste trabalho iniciou-se no momento em que se verificou a necessidade de reconsiderar a importância do penhor de créditos no contexto das garantias das obrigações, bem como para tratar de um instituto previsto legalmente mas ainda não abordado devidamente, como o penhor de créditos futuros.

Deixando a par a discussão doutrinária de qual regime se aplica o penhor de conta bancária, e mantendo-nos o entendimento de que o penhor de conta bancária é um penhor de crédito, e por isso passível de ser estudado como penhor de crédito futuro, cabe aqui tecer algumas considerações a respeito desse instituto. Ainda, porque, como dissemos anteriormente, estudar o penhor de créditos da forma que esses sejam créditos pecuniários é uma forma um pouco mais concreta e compreensível.

¹⁰³ Consultar desenvolvimento histórico do *pignus* em direito romano.

¹⁰⁴ A atual economia trata os valores monetários e mobiliários como fundamentais para uma grande e rápida circulação de riquezas. Tal tratamento leva com que o acesso ao dinheiro adquira papel fundamental no ordenamento econômico em que, do ponto de vista jurídico, reflete nas relações creditícias. De outro lado, a manutenção das atividades econômicas se estabelecem em cadeias de produção ou prestação de serviços, as quais dependem de recursos financeiros, cuja falta reflete no recurso ao crédito. Salienta-se que os maiores impulsos econômicos da sociedade foram dados graças à concessão de crédito por grandes financiadoras. O que justifica a necessidade de tratar dos temas referente ao crédito de forma mais cuidadosa e profunda.

Sendo assim, é importante salientar que são vários os autores que qualificam o penhor de conta bancária como um penhor de direitos de créditos, conforme os artigos 680 e 681 do CC/PT. Apesar de alguns doutrinadores considerarem o penhor de créditos como garantia especial sobre direitos e não como uma garantia real¹⁰⁵.

De outro lado, afirmamos que a figura do penhor de crédito é a mais comum entre as de penhor de direitos, tendo uma importância relevante dentro da prática bancária.

O já mencionado artigo 680 do CC/PT determina que o penhor de crédito deve ter como objeto coisas móveis e passíveis de transmissão, em que nos direitos de créditos, este incide de forma indireta sobre a prestação do objeto do direito em causa.¹⁰⁶ Assim, o devedor empenhador pode dar em garantia um direito de crédito que possui perante um terceiro, a fim de garantir determinada obrigação, crédito este que poderá ser de exigência futura de certa obrigação.

Continuando o estudo com o entendimento do penhor de conta bancária como o penhor de crédito, temos que considerar que o objeto será o crédito de que o titular da conta deposita perante a entidade bancária. TAPIA HERMIDA salienta que se o depositante possui um direito de crédito de restituir um dinheiro depositado, o penhor de conta bancária tem como objeto o direito desse mesmo crédito.¹⁰⁷ Dessa forma, não podemos dizer que se trata de um penhor irregular, eis que a entidade depositária tornou-se proprietária do respectivo saldo bancário em razão do contrato de depósito.

Na classificação de que o penhor de conta bancária é um penhor de direito de crédito, temos que o que é dado em penhor é o direito a um crédito, ou seja, direito de exigir de alguém alguma prestação, nesse caso, o direito do crédito que o depositante possui perante a entidade bancária. Assim, a propriedade sobre o montante na conta bancária é transferida para a entidade depositária no momento da celebração do negócio, estando o depositário obrigado a restituir o depositante de mesmo gênero e qualidade. No

¹⁰⁵ Leirão, Luis Manuel Teles de Menezes, “Garantia das obrigações”, Almedina, 2012, p. 249 e CORDEIRO, Menezes, Direitos Reais, p.754 entendem que o penhor de créditos tem como objeto uma prestação, e não um direito ou uma coisa. Assim, não se trataria de um direito real, tampouco como uma garantia de penhor, apesar de destacar uma semelhança econômica com o penhor.

De outro lado, Vaz Serra em “O penhor”, Lisboa, 1956, p. 446: “Apensar de ser discutido se esteja em face de um direito real, o seu lugar, vistas as semelhanças com o penhor de coisas, deve ser o do penhor”.

¹⁰⁶ ALVES, Hugo Ramos. *O Penhor*, p. 144.

¹⁰⁷ HERMIDA, Tapia. *Pignoración de saldo de depósitos bancários*, p. 870-878.

caso do penhor de crédito futuro, essa transferência só ocorreria caso o montante já estivesse disponível. Como o penhor se dará sobre um direito ainda não disponível, sendo possível dizer que o penhor se dará sobre um crédito ainda não existente, mas perfeitamente possível, desde que esse direito seja certo e determinado.

7.1. Objeto

Além da previsão legal do penhor no artigo 666 do Código Civil, cumpre analisar a responsabilidade garantida pelo penhor de crédito, especialmente do tocante ao objeto da dívida garantida.

A determinação do objeto deve ser vista inicialmente por um critério temporal. No tocante aos direitos de crédito afeto à garantia, desde que preenchidos os requisitos do artigo 280, número 1 e 400 do mesmo códex, não existem óbices para que a prestação seja determinada.

Entretanto, tal situação é diversa referente aos direitos de créditos futuros, pois estes dizem respeito a uma prestação que ainda não se constituiu ou não foi transferida para o empenhador, portanto não poderia dispor de tal bem futuro.

Sendo assim, pelo fato de não ter sido constituído nenhum vínculo obrigacional, não existirá, por conseguinte, um objeto para garantir a satisfação de determinada obrigação. Pois a função de segurança do penhor pressupõe justamente a existência de um bem empenhável no tempo da sua constituição. Ou seja, não existindo vinculação jurídica, tampouco existirá devedor da obrigação, por semelhança no que acontece como penhor de coisas e que a coisa dada em garantia tem de ser um bem disponível, eis que a tradição é um elemento constitutivo da figura do penhor.¹⁰⁸

Ainda, a própria parte final do artigo 666 no final do número 1, indica que o bem pertença ao devedor ou terceiro, o que não ocorre se o crédito não pertencer ainda ao patrimônio do empenhador.

¹⁰⁸ Tal questão foi abordada pelo parecer da Procuradoria Geral da República referente ao penhor de coisas “salvo disposição legal excepcional que o permita, não é admissível, no ordenamento jurídico português, a constituição definitiva, por via de contrato, de penhor sobre coisa futura”. Parecer da PGR n° 1/86, de 4 de junho de 1987, in BMJ, 374, p. 35. Referido parecer concorda com a posição de VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios para o Código Civil – cf. Penhor de coisas, p.71.

Dessa forma, os créditos futuros não seriam aptos para constituir a garantia de penhor. Porém, há a possibilidade de as partes celebrarem antes do surgimento do direito de crédito um acordo em que se comprometem a constituir um penhor sobre esse objeto. Nesse caso, estamos a falar da promessa de penhor¹⁰⁹, visto que não estando presentes os elementos constitutivos do penhor, o negócio jurídico em questão terá um sentido de garantia, porém não passará de mera obrigação.

No que diz respeito ao elemento temporal, a previsão legal contida no número 3, do artigo 666, expressa que o dever que se encontra garantido pode ser futuro ou condicional.

Cumprе salientar que a penhora de créditos possui característica própria, referente as relações jurídicas das partes a ela afetadas. Ou seja, inicialmente, estabelecemos a relação entre o devedor do crédito garantido e o seu credor; depois a relação do devedor empenhador (aqui credor do direito empenhado) e o devedor do direito empenhado; e, por fim, a relação entre o credor pignoratício e o devedor do crédito empenhado.¹¹⁰

Ainda quanto ao objeto, parte da doutrina entende que, como penhor está ligado a um direito de crédito, este incide diretamente no objeto da obrigação do direito creditício.^{111 112}

Assim como no penhor de coisas, é de se afigurar que o crédito empenhado seja passível de transmissão, visto que o penhor de direito ocorre sobre aqueles suscetíveis de transmissão. Sendo que, nesse caso, ainda podemos dizer que poderá recair sobre uma obrigação de fazer, nos casos em que possa ser executado. O qual nada mais é do que o reflexo do princípio da disponibilidade creditícia, encontrada nas normas relativas à legitimidade para empenhar.

¹⁰⁹ Ver IGNACIO VIZCAINO, Promessa de prenda.

¹¹⁰ Referida relação triangular tem sido estudada no âmbito das garantias pessoais, como no caso das fianças. Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção fidejussória de dívida. Pg. 360-394

¹¹¹ Cfr. Hugo Ramos Alves em Do Penhor, p.144.

¹¹² Em contrapartida, COLAÇO CANARIO, em *O penhor de créditos e a eficácia externa das obrigações*, considera que o objeto do penhor de direito se dá para a prestação, ou seja, no comportamento que pode ser dado em garantia. O autor completa, ainda, algumas prestações vindas do direito de crédito que não podem ser empenhadas, quais sejam: a) os créditos intransmissíveis, b) os créditos inexecutáveis, c) os créditos de fazer ou não fazer desde que não sejam de natureza estritamente pessoal.

O que se assegura é que somente podem ser empenhados bens passíveis de alienação, que no caso do penhor de créditos, revela-se na necessidade de serem transmissíveis, ou seja, naquela possibilidade de que os créditos objeto da garantia possam ser cedidos a outrem. Dessa forma, teremos que estar diante de um crédito que a rigor tenha natureza móvel, ficando assim, por evidência, excluídos o crédito que consista na entrega de determinada coisa imóvel.

Outro critério da determinação da garantia pignoratícia é o da imutabilidade da reserva, pois se trata de uma rigidez e característica da própria garantia de que o bem empenhado não se modifique a certa altura. Entretanto, em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros tal critério já é aceito, como se vê nos casos do penhor *omnibus* e do penhor rotativo, os quais vamos trazer uma pequena análise desses dois conceitos apenas como complementação do estudo aqui realizado.

7.2. Constituição

De acordo com a leitura do art. 681, nº 1, a qual dispõe que a constituição do penhor está sujeita à forma e à publicidade exigida para a transmissão dos direitos empenhados, assim, por exemplo, temos os casos de penhor de créditos hipotecários referente a bens imóveis, em que contrato de penhor exige escritura pública ou documento particular autenticado e registrado para que tenha validade.¹¹³ Ademais, tradicionalmente, era comum afirmar que os créditos não eram susceptíveis de posse. Pois bem, relacionando com a constituição do penhor de coisas, em sede do penhor de créditos, escolheu-se substituir a transferência da posse da coisa incorpórea, pela posse de títulos que representariam os créditos objeto da garantia do penhor. Com isso, veio a exigir para os efeitos da constituição válida do penhor, a entrega ao credor pignoratício do título, o qual representa o crédito empenhado. Dessa maneira, seria possível alcançar uma publicidade parecida com aquela da constituição do penhor de coisas, eis que os documentos que representam os créditos objeto do penhor são coisas corpóreas, para, dessa maneira, impedir que o empenhador pudesse dispor do direito empenhado sem o consentimento do credor.

¹¹³ Resultante do artigo 578, nº 2 do CC/PT em que: “A cessão de créditos hipotecários, quando não seja feita em testamento e a hipoteca recaia sobre bens imóveis, deve necessariamente constar de escritura pública.”

Quanto ao regime do penhor de direitos de crédito, resta importante auferir que só se produzirá efeitos no momento em que o devedor for notificado, ou com o seu aceite, ressalvado os casos em que o penhor necessite de registro.¹¹⁴ Tal regra para efeito de constituição está expressamente contida no artigo 681, nº 2 ¹¹⁵, no que toca o penhor de créditos.

Nesse parâmetro, é possível dizer haver um regime dualista, visto que, para a maioria dos direitos de crédito, o penhor somente produzirá efeito desde que notificado o devedor ou por este aceite, e que de outro modo o penhor de direitos de crédito que estejam sujeitos a registro, os efeitos se produzirão na medida em que se tenha efetivado o registro¹¹⁶, o que representa que enquanto não for realizada a notificação da constituição do penhor de créditos, o devedor poderá liberar-se, pagando o respectivo credor.¹¹⁷

Cabe aqui fazer um pequeno paralelismo com o instituto da cessão de créditos, visto que de melhor forma será tratado mais adiante com relação ao crédito futuro. Porém, a título de aprofundamento do ponto aqui tratado, faremos algumas observações.¹¹⁸

¹¹⁴ Como exemplo, os casos de penhor de participações sociais ou penhor de valores mobiliários, que são casos que somente produzirão efeitos a partir do seu registro.

¹¹⁵ Artigo 681, nº 2 do CC/PT: “2. Se, porém, tiver por objecto um crédito, o penhor só produz os seus efeitos desde que seja notificado ao respectivo devedor, ou desde que este o aceite, salvo tratando-se de penhor sujeito a registo, pois neste caso produz os seus efeitos a partir do registo.”.

¹¹⁶ NEVES, Rui de Oliveira. O penhor de créditos – Contributo para a compreensão da figura no contexto das garantias especiais das obrigações. P.34. Ainda, PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, 3ª ed. p. 30, entende que a necessidade de notificar o devedor para informar a existência da garantia equivale ao empossamento do credor pignoratício em sede do penhor de coisas.

¹¹⁷ RUBINO, La responsabilità patrimoniale: Il Pegno, 2ª ed. p.231-232. Caso que não será verificado quando, depois da notificação do penhor, o devedor realizar o pagamento, visto que, dessa forma, o pagamento será ineficaz frente ao credor pignoratício. De outro lado, BOLLA, em La costituzione del pegno sul crediti nel Codice Civile Svizzero, p. 149, entende que a constituição de um penhor de créditos, para se efetivar, precisa que sejam constatados alguns pressupostos necessários, quais sejam: a) que se estejam perante uma coisa corpórea idônea para ser objeto de penhor de créditos, b) que as partes possuam capacidade de contratar, atuando em nome próprio; c) que haja manifestação de concordância da vontade entre as partes contratantes; d) intenções para constituir um penhor de crédito; e, por fim e) que estejam cumpridos os atos constitutivos da relação do penhor de crédito.

¹¹⁸ Caso quisermos detalhar pormenorizadamente o penhor de créditos da *cessio pro solvendo*, destacaríamos GORLA, em Del pegno, pp. 124-125, que a *cessio pro solvendo* é uma forma que busca satisfazer o credor, fato esse que a preferência na satisfação do crédito dada pelo penhor não consegue, tendo em vista que o penhor nada mais é do que um meio de garantir a satisfação do débito pelo credor pignoratício em sede de execução. E é assim que a apropriação do crédito cedido na *cessio pro solvendo* não é contra a proibição do pacto comissório.

É do entendimento comum que a cessão de créditos produz efeitos imediatos, somente sendo necessária a notificação para produzir efeitos frente ao devedor cedido e terceiros do mesmo direito. Dessa forma, produzirá efeitos entre as partes por meio do contrato, enquanto para terceiros a consequência é da notificação.¹¹⁹ Com isso, podemos dizer que a cessão de crédito possui uma eficácia translativa imediata. Em que a terceiros de boa-fé é necessária a notificação para que se considere a cessão totalmente constituída.¹²⁰

Atendendo a diferença entre a posição do cessionário e a posição do credor pignoratício, em que no penhor a titularidade do direito empenhado pertença a outra que não aquela legitimada para cobrar e receber o crédito, restando ao credor pignoratício uma posição preferencial em relação aos outros credores. Ainda, esta será a forma pela qual tais credores tomarão conhecimento de que o credor pignoratício não terá um direito como titular, mas sim como credor especialmente garantido.¹²¹

No entanto, quando analisamos os regimes da constituição dos dois institutos, topamos com uma similaridade entre eles, eis que, em ambos os casos, é prevista a ineficácia do negócio, caso um dos interessados não seja notificado ou desconheça o conteúdo do negócio celebrado. Não obstante essa semelhança, imperioso destacar a diferença das funções buscadas pelos negócios em questão. Enquanto na cessão de créditos estamos frente a uma alienação de um direito, o qual se efetiva pelo contrato, como penhor de créditos estamos perante outra realidade, visto que o negócio busca afetar determinado bem para assegurar o cumprimento de outro negócio. Portanto, pode-se

¹¹⁹ Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações* vol. II. pp. 96-97, entende que a necessidade de verificar tais efeitos apenas não se manifesta frente a terceiros de boa-fé. Em contrapartida, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*. 10ªed, p. 823, salienta que entre as partes os efeitos produzem segundo um negócio-base e que em relação ao devedor cedido é necessária uma notificação ou uma aceitação, visto que esta tem função para atribuir eficácia a terceiros.

¹²⁰ MENEZES LEITÃO, em *Cessão de créditos*, p. 359, salienta que a aceitação, inicialmente não possui valor negocial de reconhecimento de dívida, mas sim um mero valor de declaração de ciência referente à verificação da cessão.

¹²¹ COLAÇO CANÁRIO, *O penhor de créditos e a eficácia externa das obrigações*, p. 60, entende que é fundamental a notificação ao respectivo devedor, visto que somente com essa é que existe a total garantia do credor pignoratício. Além de que, tão logo o empenhador tenha em suas mãos os documentos comprovativos do seu crédito, deverá entregá-lo ao credor pignoratício, para que este exerça o seu direito de conservar ou defender.

concluir que o penhor de créditos é um contrato consensual, servindo a notificação o papel de conferir relevância externa frente a terceiros.¹²²

Ademais, é de discorrer a respeito do papel da notificação e aceitação em que para que o penhor de direitos produza seus efeitos, o credor deverá considerar algumas formalidades depois da celebração do contrato, especificadamente a notificação do devedor a fim de que este possa produzir os efeitos desejados e possua relevância externa. Seguindo a regra do CC/PT, a notificação e aceitação são requisitos essenciais para constituir a garantia do penhor de créditos.¹²³ Ademais, dentro de uma perspectiva teórica, não é possível encontrar similitude entre a notificação e a publicidade, visto que este serve para que terceiro possa conferir a titularidade do direito que se está a adquirir por meio da inscrição nos registros especiais¹²⁴. Pelo que há de se concluir que a notificação ou aceitação não corresponde a um mecanismo publicitário.

Destaca-se que, apesar da ineficiência da garantia antes da notificação ou aceitação, o legislador optou por ressaltar a geração de alguns efeitos¹²⁵. Em que, com

¹²² No direito comparado, temos o § 1280 do BGB em que se entende: “O empenhamento de um crédito, para cuja transmissão é suficiente o contrato de cessão, apenas é eficaz quando for notificado pelo credor ao respetivo devedor”. (No original leia-se: *Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt.*”). Ainda sobre a constituição do penhor de créditos, STEINBACH, *Das Pfandrecht and Forderungen*, . 24, traz a distinção entre: a) créditos os quais a transmissão é necessária a prática de atos visíveis, com exceção da entrega de documentos, e b) outro que basta um acordo informal das partes para exercer a cessão do crédito.

¹²³ Nesse sentido, DI PACE, em *Il pegno dei crediti*, p. 44, sustenta que o contrato de penhor somente é eficaz no momento posterior à notificação e à aceitação do penhor, eis que resultaria incompreensível o valor de um penhor sem a preferência no pagamento, tal como a possibilidade de exigir o pagamento frente quem não deve reconhecer a nova situação que veio a existir por consequência da relação interna do penhor.

¹²⁴ A luz do direito espanhol, MARINO Y BORREGÓ, em *La prenda de derechos*, p. 2022-2023, destaca o fato de a entrega do documento em que conste o direito não resolve o problema da publicidade, visto que tal documento desempenha função meramente probatória. O autor, ainda, chama a atenção para o fato de a entrega ser exigida por motivos teleológicos, que se baseia na intenção de colocar o direito empenhado numa situação similar ao da transmissão da posse, motivos pelo qual a publicidade poderia se obter com outros recursos, como acontece nos casos da cessão de créditos.

¹²⁵ Previstos no art. 681, nº3 do CC/PT: “A ineficácia do penhor por falta de notificação ou registro não impede a aplicação, com as necessárias correções, do disposto no n.º 2 do artigo 583.”

Art. 583, nº 2: “Se, porém, antes da notificação ou aceitação, o devedor pagar ao cedente ou celebrar com ele algum negócio jurídico relativo ao crédito, nem o pagamento nem o negócio é oponível ao cessionário, se este provar que o devedor tinha conhecimento da cessão.”.

esse propósito, estaríamos perante um fato de que o conhecimento efetivo da existência do penhor pode suprir a falta de notificação e aceitação.¹²⁶ Trata-se, pois, de um abrandamento da regra geral, a qual se retira que a simples informação da existência do penhor pelo devedor descarta a necessidade de sua notificação ou aceitação quando se tratar da constituição do penhor.

A respeito da eficácia constitutiva, é possível verificar alguma similitude do penhor de coisas com o penhor de direito, em que este parece ter sido influenciado pelo requisito da formação do penhor de coisa visto que somente se perfectibiliza com a conjunção de um elemento negocial e um elemento externo, a qual atenta a existência da oneração de um crédito com a necessidade de exteriorizar essa vicissitude a fim de garantir os interesses do devedor e dos demais credores.¹²⁷ Pode-se afirmar, portanto, que assim como acontece no penhor de coisas com o efeito da entrega do objeto, a notificação tem como objetivo coibir o devedor pignoratício do direito de dispor do bem empenhado.

É de se entender o maior rigor da constituição do penhor em sede de penhor de créditos, visto que, via de regra, carece de um dos requisitos mais exigentes de sua formalização, o desapossamento da coisa.¹²⁸

Note-se, ainda, que nos casos em que há um terceiro devedor do crédito empenhado a garantia se constitui com a simples notificação ou aceitação deste, ao passo que no tocante à preferência da satisfação do crédito este só terá eficácia no momento em que haja a possibilidade de provar a causa da preferência do credor pignoratício.¹²⁹ Isso demonstra que estamos frente à situação parecida com o penhor de coisas no que toca a subtração da disponibilidade do bem empenhado. Oportuno destacar que nos casos em que exista um terceiro devedor como parte da garantia do penhor de créditos a notificação, não é necessário realizar qualquer outro ato para se considerar o penhor de créditos válido

¹²⁶ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*. Vol. II.cit, p.546.

¹²⁷ Alves, Hugo ramos. *O penhor*. Cit, p 153.

¹²⁸ Todavia, ainda há posições que consideram a notificação como um desapossamento no penhor de coisas, como se vê no Acórdão do Tribunal de Milão de 19 de julho de 1982 in BBTC XLVI (1983), Parte Seconda, p. 217, em que afirmar que as formalidades intrínsecas da notificação representam um real desapossamento que tem a função de comunicar o devedor do crédito empenhado que somente extinguirá a sua obrigação com pagamento do credor pignoratício, assim como da mesma forma tem a função de criar um elemento capaz de resolver um possível conflito entre este e os demais credores do empenhador.

¹²⁹ GORLA, *Del pegno delle ipoteche*, cit, p.127.

e eficaz.¹³⁰ O que equivale dizer que a notificação do terceiro não é um elemento constitutivo do contrato, restringindo a se evitar o pagamento liberatório do credor e impedir a oponibilidade de atos de créditos posteriores.

Com isso, pode se afirmar que uma das principais funções da notificação consiste em assegurar o controle sobre a disponibilidade do empenhador frente ao crédito empenhado, posto que o devedor não poderá alegar desconhecimento do encargo que afeta o crédito dado em penhor. Buscando privar o autor da garantia do penhor de dispor do bem empenhado, a semelhança do que ocorre com o penhor de coisas.

Quanto à entrega do documento comprovativo do direito do penhor pignoratício, não aparenta ser um elemento constitutivo da garantia, pelo que está validamente constituída com a notificação ou aceitação do terceiro devedor e, ainda, porque os requisitos da constituição do penhor foram pensados seguir a publicidade do crédito, ao passo que a entrega dos documentos resulta numa função probatória.^{131 132}

Dessa forma, o direito de preferência dado ao credor pela constituição de um penhor de crédito tem como requisito a notificação ou aceitação do devedor. Em que igualmente se retira que não há qualquer impossibilidade de constituir mais de um penhor sobre o mesmo direito a fim de garantir diversos créditos, visto que terá preferência sempre aquele credor em que seu direito foi constituído primeiramente. Salientando que é de extrema necessidade a notificação do devedor para que predomine o primeiro penhor constituído.

¹³⁰ RUSCELLO, Francesco. *Il pegno sul credito*. Costituzione e prelazione. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p 154.

¹³¹ GABRIELLI, Enrico. *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in BBTC LIX, 1996, Parte Prima, p. 160, acrescenta que o legislador italiano não demonstrou maiores preocupações no tocante à constituição do penhor de créditos, tendo optado por dar maior atenção nas condições essenciais para que possa satisfazer a preferência do credor. Com isso, a eficácia do penhor de créditos será subordinada a dois requisitos formais: a) a existência de documento escrito com data certa, validando a constituição do penhor de créditos; e b) a notificação da constituição do penhor ao devedor do empenhador, que deverá aceitar por escrito a referida constituição.

¹³² Necessário aqui informar que nos casos em que estejamos perante um penhor de títulos de crédito, a entrega do documento será necessária para a validade da constituição do penhor, conforme estabelece o art. 398, nº 2 e 3 e o art. 399 do Código Comercial Português, em que em relação ao portador o penhor constitui pela tradição do título. Ao passo que nos títulos à ordem a constituição se efetiva pelo endosso com a declaração dos usos da praça, e nos títulos nominativos o penhor resulta de uma declaração feita no livro de averbamentos e registros da entidade competente. Neste assunto, Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, 2ª ed., p. 287, salienta que, na prática, o penhor de títulos de crédito não passa por estabelecer um endosso em garantia, mas um endosso em pleno, fazendo consta a garantia de ato separado.

Ainda se concluir, que a forma do negócio jurídico não pode ser confundido com a sua publicidade. Em que esta, ou a falta desta, não prejudica a realização do negócio jurídico, vez que este já está concluído com a notificação, apenas servindo para a oposição em relação a terceiros, muito embora se produzam os mesmos efeitos às partes. Todavia, a inexistência de forma negocial implica na não celebração do negócio, isto é, na inexistência do penhor.

7.3. *Regime*

No tocante ao regime do penhor de créditos, após a constituição da garantia, o devedor pignoratício é obrigado a entregar ao credor os documentos que comprovem os direitos que estão em sua posse.¹³³ Com isso, permite-se provar o título pelo qual age o credor. Todavia, essa obrigação legal não é essencial para a existência do penhor, visto que essa entrega tem cunho meramente probatório do direito adquirido pelo credor, a fim de evitar eventuais fraudes por parte do devedor, que sem a posse de tal documento ficaria impossibilitado de dispor do bem empenhado.¹³⁴ Podemos dizer estarmos diante de um dever de cooperação entre as partes do negócio, tanto em relação ao devedor e o credor, quanto entre o devedor e eventuais terceiros. O qual, salienta-se, em nada ter a ver com a constituição do penhor já dita extensivamente, em que a notificação que gera efeitos ao penhor. Já esse dever de cooperação, que se consolida na entrega dos documentos da existência do direito do credor, serve para dar veracidade da existência desse crédito.

Além do mais, assim como acontece no penhor de coisas, ao credor pignoratício recai deveres de praticar atos indispensáveis a conservação do direito empenhado, bem como cobrar juros e demais prestações acessórias englobados na garantia.¹³⁵ Em que um

¹³³ Tal como se lê no art. 682 do CC/PT: “O titular do direito empenhado deve entregar ao credor pignoratício os documentos comprovativos desse direito que estiverem na sua posse e em cuja conservação não tenha interesse legítimo.”

¹³⁴ RUBINO, La Responsabilità patrimoniale: Il pegno, 2ª ed, cit. p. 233, enfatiza que diversamente do que acontece no penhor de coisas, no caso do penhor de créditos o legislador gerou na esfera do empenhador o dever de entregar os documentos que conferem a disponibilidade do crédito, em que podemos entender estar diante de um efeito do contrato, que é completamente diferente da notificação da constituição do penhor.

¹³⁵ Art. 683 CC/PT: “O credor pignoratício é obrigado a praticar os atos indispensáveis à conservação do direito empenhado e a cobrar os juros e mais prestações acessórias compreendidas na garantia.”

dos direitos do credor pignoratício é o de cobrar o crédito empenhado assim que este se torne exigível, recaindo o penhor sobre a coisa prestada em satisfação desse crédito. Passando esse crédito a ser imediatamente substituído pela coisa prestada como objeto da garantia. Cuida de uma solução que não prejudica o credor pignoratício, pois caso ele tivesse recebido a prestação normalmente, devolveria o objeto do penhor ao devedor pignoratício.

Dessa forma, o direito do credor em exigir o pagamento do crédito, no penhor de créditos, é construído para reparar possíveis inconvenientes advindos da penhora do crédito buscado por terceiros. Refere-se, assim, um fato que busca, acima de tudo, resolver questões de forma prática, ou seja, possibilitar que a parte que possua documentos que comprovem a existência do crédito possa executar a cobrança, e ao mesmo tempo, evitar que uma possível cobrança realizada pelo empenhador possa tornar inútil os efeitos da garantia do penhor.¹³⁶

Consequentemente, é possível entender que tais efeitos podem ser destinados a conservar o crédito dado em garantia, de modo que não é permitido ao credor pignoratício que se satisfaça com o crédito empenhado, mas sim prevenir possíveis inconvenientes referentes às suas vicissitudes.¹³⁷

Ademais, há regimes especiais, como o penhor constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados ¹³⁸, em que, não existindo lugar de entrega, o possuidor titular do crédito empenhado é considerado como simples possuidor em nome alheio, sendo aplicáveis sanções penais caso este modifique ou desfaça, ou ainda empenhar o bem sem antes mencionar no novo contrato a existência de uma garantia pré-constituída, o objeto da garantia sem prévia autorização do credor pignoratício.

No tocante à cobrança dos créditos empenhados, o credor pignoratício deve cobrar o crédito assim que este se torne exigível, fazendo com que o penhor incida sobre a coisa prestada em satisfação desse crédito¹³⁹. Portanto, antes do vencimento do crédito,

¹³⁶ ALVES, Hugo Ramos, *Do Penhor*. cit. p. 158.

¹³⁷ RUSCELLO, *Il pegno sul credito*. Cit. p. 169.

¹³⁸ Decreto-Lei 29.833 de 17 de agosto de 1939.

¹³⁹ Art. 685, nº 1 do CC/PT: “O credor pignoratício deve cobrar o crédito empenhado logo que este se torne exigível, passando o penhor a incidir sobre a coisa prestada em satisfação desse crédito.”

não pode o credor exigir o cumprimento da obrigação, mas após este vencimento o credor pode cobrar o crédito empenhado a fim de evitar possível prejuízo. Destaca-se que nos referimos aqui expressamente quanto ao penhor de créditos, pois estamos frente à presença de dois credores: o credor do crédito empenhado e o credor pignoratício. O credor tem o dever de cobrar os eu crédito, porém, não é obrigado a realizado logo que o crédito se torne exigível, podendo fazê-lo mais tarde.

Todavia, quando se fala de penhor de créditos, o credor pignoratício tem o dever de cobrar imediatamente o crédito, assim que se torne exigível pois não pode sujeitar o credor correr riscos da não cobrança imediata, especialmente a fim de salvaguardar o não perecimento da coisa, insolvência do credor, etc.

Ademais quando o crédito tem por objeto a prestação de dinheiro ou outra coisa fungível, o devedor não pode cumprir a obrigação aos dois credores separadamente, mas deverá cumprir em conjunto.¹⁴⁰ O mesmo artigo ainda descreve outra situação quando o mesmo crédito for objeto de vários penhores. Nesses casos, somente o credor o qual tem direito de preferência sobre os demais credores é quem tem legitimidade para cobrar o crédito empenhado. Em que referido direito de preferência ocorre com aquele direito de garantia foi notificado o devedor primeiramente, já se for penhor sujeito a registro a preferência ocorre pela data do registro.¹⁴¹

Por fim, cumpre destacar que o credor do crédito empenhado não pode receber a sua prestação sem que exista o consentimento do credor pignoratício. Portanto, estando presente o consentimento por parte do credor pignoratício para que o credor titular do crédito receba a prestação, extinguirá o penhor.¹⁴²

¹⁴⁰ Art. 685, n° 2 do CC/PT: “Se, porém, o crédito tiver por objeto a prestação de dinheiro ou de outra coisa fungível, o devedor não pode fazê-la senão aos dois credores conjuntamente; na falta de acordo entre os interessados, tem o obrigado a faculdade de usar da consignação em depósito.”

¹⁴¹ Art. 685, n° 3 do CC/PT: “Se o mesmo crédito for objeto de vários penhores, só o credor cujo direito prefira aos demais tem legitimidade para cobrar o crédito empenhado; mas os outros têm a faculdade de compelir o devedor a satisfazer a prestação ao credor preferente.”

¹⁴² Art. 685, n° 4 do CC/PT: “O titular do crédito empenhado só pode receber a respectiva prestação com o consentimento do credor pignoratício, extinguindo-se neste caso o penhor.”

7.4. Transmissão e extinção

A transmissão do penhor de créditos de substancia na transferência da pretensão da reserva de utilidade da garantia para efeitos de satisfação preferencial, pelo valor do crédito do credor pignoratício inicial, assumindo uma posição jurídica de beneficiário da garantia daquele que o possuía.¹⁴³ Observa-se que, nesse caso, não podemos confundir a transmissão do penhor com a figura do subpenhor, eis que este é um ato de disposição do crédito pignoratício referente à garantia que recebeu. Visto que o credor pignoratício se limita a transmitir a posição que detém no contrato de garantia, não existindo uma sobreposição de contratos, como ocorre no subpenhor.¹⁴⁴

Podemos dizer, ainda, que a transmissão do penhor será regida por similaridade às regras relativas à transmissão da hipoteca, destacando dois requisitos: que a garantia transmitida não seja exclusivamente pessoal e que seja transmitida a outro credor do mesmo devedor. Ademais, deverão ser observadas as regras referente a cessão de crédito, com o necessário consentimento de terceiro, no caso de este ser o autor da garantia, em conformidade com o artigo 578, n° 1¹⁴⁵ e art. 727¹⁴⁶ ambos do CC/PT. Isto é, no caso em que estejamos frente a um penhor de créditos e existe um terceiro que empenhou o seu crédito, deverá ter o consentimento deste para que seja viável a transmissão dessa garantia.

Portanto, a transmissão da garantia limita-se a passar o crédito pignoratício, não se verificando um aumento do valor da garantia, transmitindo-se tal como existia anteriormente, não se alterando nada o crédito original, já que o credor pignoratício não

¹⁴³ NEVES, Rui de Oliveira. *O Penhor de créditos* – Contributo para a compreensão da figura no contexto das garantias. cit. p. 39.

¹⁴⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. *O Subcontrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 47.

¹⁴⁵ Art. 578, n° 1: “Os requisitos e efeitos da cessão entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que lhe serve de base.”

¹⁴⁶ Art. 727 - Da cessão da hipoteca: “1. A hipoteca que não for inseparável da pessoa do devedor pode ser cedida sem o crédito assegurado, para garantia de crédito pertencente a outro credor do mesmo devedor, com observância das regras próprias da cessão de créditos; se, porém, a coisa ou direito hipotecado pertencer a terceiro, é necessário o consentimento deste. 2. O credor com hipoteca sobre mais de uma coisa ou direito só pode cedê-la à mesma pessoa e na sua totalidade.”

possui poderes de aumentar o objeto da garantia que recebeu do devedor.¹⁴⁷ Além disso, ainda se conclui que a transmissão do penhor não gera uma sub-rogação do novo credor pignoratício, já que não existe uma substituição da posição creditícia da garantia, muito menos uma novação da obrigação, posto que não existe a extinção de nenhuma obrigação, tampouco a exoneração do devedor.¹⁴⁸

No que se refere à extinção do penhor de créditos, a primeira e mais comum forma é aquela em que a garantia do penhor extingue-se assim que a obrigação garantida se finde. Isto é, o devedor que cumprir normalmente a obrigação que está obrigado, o penhor extingue-se imediatamente. Tal forma está relacionada ao princípio da acessoriedade, em que a garantia depende da existência da obrigação principal, portanto, se referida obrigação deixa de existir, o penhor também se extingue por não ter justificação a sua existência. Extingue-se, também, quando se verificar alguma forma de caducidade do crédito.¹⁴⁹

Ainda, o penhor poderá se extinguir quando houver acordo entre as partes a fim de que se finde a garantia, dado que a garantia é um negócio jurídico acordado pelas partes, e igualmente poderá ser acordada a extinção da mesma. Ainda, haverá extinção quando houver a renúncia do credor, mas não a renúncia do crédito principal, vez que este se verifica por remissão¹⁵⁰. A renúncia é na garantia, que não impede que se constitua nova para aquela obrigação, ou no caso de existirem várias garantias nada impede a renúncia de uma e se mantenham as restantes. Oportuno destacar que essa renúncia é unilateral e não necessita da aceitação do devedor, tendo o credor a possibilidade de fazer

¹⁴⁷ ALVES, Hugo Ramos. Do Penhor. cit. p. 166.

¹⁴⁸ NEVES, Rui Oliveira. O penhor de créditos - Contributo para a compreensão da figura no contexto das garantias especiais das obrigações. cit. p 39.

¹⁴⁹ Conforme DI PACE, Il Pegno dei crediti. Cit. p.128, o penhor de créditos extingue-se a) em consequência do cumprimento do crédito garantido; b) por consequência da renúncia do credor pignoratício; c) por decorrer o prazo a qual a garantia estivesse limitada; d) em razão da satisfação processual, com a finalidade do inadimplemento do crédito garantido; e) por expirar o crédito objeto do penhor; e f) nas causas em que ocorrer confusão.

¹⁵⁰ A remissão ocorre por meio de contrato em que o credor remite a dívida do devedor, sendo uma das causas da extinção das obrigações. Portanto, o fato de se renunciar uma garantia não presume a renúncia da dívida principal, o que nos leva a compreender que, mesmo que o credor renuncie a sua garantia, nada interferiria na existência do crédito, eis que este se mantém com ou sem garantia.

independentemente do consentimento do devedor, diferente do que acontece na remissão da dívida, pois, neste caso, deverá haver o consentimento do devedor.

Por fim, não podemos deixar de destacar, ainda, a extinção pela confusão, que é quando se verifica a reunião das qualidades do credor e devedor numa mesma pessoa¹⁵¹, nesse caso, extingue-se a dívida em razão da confusão e, por consequência, o penhor também, justamente por ser acessório ao principal. Todavia, há uma exceção a essa regra de extinção por confusão, que é quando se tratar de um penhor de créditos. Nesse caso, o legislador procurou proteger terceiros e estabeleceu que se houver a favor de terceiro penhor sobre o crédito, este subsiste, mesmo que haja confusão, desde que haja interesse do credor pignoratício.¹⁵² Portanto, destacam-se algumas hipóteses possíveis. Quando houver a reunião na mesma pessoa da qualidade de credor e devedor do crédito empenhado, é de se entender que há extinção do penhor, mas mantém a obrigação principal, visto que a extinção da garantia não acarreta a extinção da dívida garantida. Ainda nos casos em que na mesma pessoa se reúnam as qualidades do credor pignoratício e do devedor do crédito empenhado, o penhor será extinto na medida em que a função do princípio da acessoriedade não justifica a permanência do penhor após a extinção do crédito principal.¹⁵³

No caso de o devedor não cumprir com a obrigação garantida, não existe outra alternativa senão a venda do bem empenhado, eis que devido à proibição do pacto comissório¹⁵⁴ o credor não pode fazer seu o bem empenhado, mesmo que a obrigação

¹⁵¹ COLAÇO CANÁRIO, O penhor de créditos e a eficácia externa das obrigações, cit. p. 60 pormenoriza algumas situações. Nos casos em que haja a reunião na mesma pessoa, a qualidade de empenhador e credor pignoratício, o direito não ter razão de ser e se extingue. Entretanto, quando houver a reunião na mesma pessoa, as qualidades de devedor da obrigação de credor, o devedor do direito de crédito sobre o qual o devedor constitui o penhor ser a mesma pessoa beneficiária da garantia oferecida, nesse caso, o penhor não pode subsistir. Ainda, pode-se citar um terceiro caso, que consiste na reunião das qualidades de devedor da obrigação principal e de empenhador na mesma pessoa, fato que acarretaria numa extinção da obrigação principal e do crédito acessório, em razão de sua característica de acessoriedade.

¹⁵² Art. 871, n° 2, CC/PT: “Se houver, a favor de terceiro, direitos de usufruto ou de penhor sobre o crédito, este subsiste, não obstante a confusão, na medida em que o exija o interesse do usufrutuário ou do credor pignoratício.”

¹⁵³ Neste sentido, GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção fidejussória de dívida- Sobre o sentido e âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p.1053-1055, referente aos casos de confusão na fiança.

¹⁵⁴ A proibição do pacto comissório, segundo interpretação de Hugo Ramos, *op cit.* justifica-se pela inevitabilidade de também tutelar o devedor, buscando impedir eventuais abusos pelo credor e também que este se aproprie de um bem mais valioso que o valor da dívida. Atualmente, o

não seja cumprida¹⁵⁵. Em regra, o credor utiliza a fase executiva do penhor para poder satisfazer o seu crédito por meio do resultado da venda do bem empenhado, evidentemente que essa fase só pode ser observada quando se verificar o não cumprimento da obrigação principal pelo devedor.

Dessa forma, a ação executiva é o principal artifício que é colocado à disposição do credor para que ele consiga ver seu crédito satisfeito. Igualmente em sede executiva se deve considerar a proibição do pacto comissório, o que não proíbe que o bem empenhado seja vendido fora do processo judicial.¹⁵⁶

fundamento dessa proibição não é apenas por ser o devedor o elo mais fraco da relação jurídica, como forma de prevenção de uma possível pressão que o credor poderia exercer sobre o devedor para conseguir o cumprimento da obrigação, como também ser uma forma de preservar o sistema das garantias das obrigações.

No que se refere ao pacto marciano, o surgimento dessa figura veio para reequilibrar as relações negociais, prevenindo situações de aproveitamento injustificado pelo credor da debilidade do devedor. Em que parece ser lícito, visto que, em sua definição, implica a transferência do bem dado em garantia para o credor mediante o pagamento de um preço justo. Assim, entende CIPRIANI, *Patto Commissorio e Patto Marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, p. 12 em que o pacto marciano não é uma espécie de pacto comissório, mas sim uma cláusula acessória dos contratos de garantia real. Hugo Alves, em *Do Penhor*, citando VAZ SERRA, *Penhor in BMJ* 58 pp. 219, destacou algumas situações em que “*a proibição do pacto comissório deveria ter lugar nas situações em que o credor se obrigasse a entregar o excedente do valor da coisa em relação ao montante do seu crédito garantido, mesmo que esta tivesse um valor fixo de mercado, já que subsistiria o perigo de exploração usuária do devedor.*”

¹⁵⁵ Esta determinação é retirada do artigo 675 nº 1 do CCPT: em que se pode ler: “vencida a obrigação, adquire o credor o direito de se pagar pelo produto da venda judicial da coisa empenhada, podendo a venda ser feita extrajudicialmente, se as partes assim o tiverem convencionado.”. No mesmo artigo no item 2º o legislador previu igualmente a possibilidade do bem ser adjudicado ao credor pelo valor que o tribunal fixar para aquele bem.

¹⁵⁶ ALVES, Hugo Ramos. *Op cit.* p.176.

PARTE III

O PENHOR DE DIREITO DE CRÉDITO FUTURO

8. Noções Introdutórias

Como vimos no capítulo anterior, há uma diferença entre penhor de coisa e penhor de crédito. Em que, resumidamente, aquela necessita de um objeto corpóreo, e esta incorpóreo. Tendo sido esclarecida esta parte, há de analisar neste próximo momento o estudo relativo à penhora do crédito futuro, sua admissibilidade, seu objeto, sua concretização e demais questões pertinentes e comparativas.

Temos que considerar, como seu próprio nome indica, que o penhor de crédito futuro é uma figura formada pela fusão de dois conceitos, como o penhor de crédito e o crédito futuro. Por esse motivo, a fim de proporcionar uma adequada definição, é imprescindível definir a figura que os formam.

No Direito Romano, referente ao penhor de crédito, este se caracterizava como a atribuição de ações em que o credor pignoratício podia exercer legitimamente a faculdade de cobrança do crédito como principal.¹⁵⁷ Na atualidade, é articulado por meio de uma variedade de créditos, de maneira que em sua disciplina se combinaram as regras próprias do penhor (como o título, que quando pactuada uma garantia que implica a sujeição do credor pignoratício e que confere ao credor garantido uma preferência de cobrança frente aos outros credores) e as cessões de crédito, visto que o penhor de crédito pode ser considerado como uma cessão de crédito, com mais ou menos faculdade, e com a figura do credor cedente.¹⁵⁸

Portanto, cabe apreciar a caracterização de crédito futuro, em sentido *stricto*, como aquele um que ainda não fora nascido no momento de celebrar um contrato de cessão ou de penhor. Em determinadas ocasiões, mesmo que o contrato de origem não

¹⁵⁷ GARCIA VICENTE, J.R. *La prenda de créditos*. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 46.

¹⁵⁸ Op cit, p. 48 e 49.

fora celebrado, ou seja, aqueles em que o crédito nascerá em algum momento no futuro¹⁵⁹. Da mesma forma, poderão ser futuros os créditos que nasceriam sucessivamente de relações obrigatórias preexistentes¹⁶⁰, tipicamente em um caso de contrato de trato sucessivo, e os créditos sujeitos à suspensão e rescisão, quer de eficácia quer de executoriedade.¹⁶¹

Dessa relação resulta uma estrutura básica do penhor de créditos futuros, ou seja, as partes que intervêm são três: o credor pignoratício, o credor do crédito penhorado e o devedor do crédito penhorado. O devedor do crédito garantido será, em regra, o credor do crédito penhorado.¹⁶²

Podemos identificar algumas relações jurídicas que devem ser consideradas:

I) a relação entre o cedente (destinatário do empréstimo, que por sua vez é o credor do crédito prometido) e o cessionário (que concede o empréstimo);

II) eficácia do penhor de créditos contra o devedor cedido;

III) efetividade contra terceiros que não o devedor cedido, ou seja, aquele cujo crédito foi penhorado.

Desta forma, no que se diz respeito à eficácia do penhor de créditos que é feita entre o beneficiário do empréstimo – credor do crédito penhorado - e o cessionário – quem concede o empréstimo - contra o devedor cedido, que será necessário articular algum mecanismo imperativo ou sistema de proteção que proteja aquele quem paga de boa-fé ao credor aparente.

9. O conceito de crédito futuro

É imperioso analisar com afinco um dos requisitos de validade do penhor, qual seja: o seu objeto. Cabe aqui estudar o que se entende por “crédito futuro”, vez que seu conteúdo é determinado, na medida do possível, em saber qual a definição de crédito

¹⁵⁹ Como acontece na cessão de créditos futuros em cobrança do preço pela venda de uma prestação de serviço, ou de ingressos advindos da exploração de um filme, ou da venda de entrada em espetáculos, pedágios, etc.

¹⁶⁰ Casos dos direitos de cobrança sucessiva de arrendamentos, de certificações de obra e do preço de contratos de fornecimentos de bens ou serviços.

¹⁶¹ GARCIA VICENTE, J.R. *La prenda de créditos*. Cit, p. 177 e 178.

¹⁶² PANTALEÓN, Fernando; GREGORACI, Beatriz. “*El alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros*”, p 2437.

futuro e quais são aqueles que são passíveis ou não de serem dados em penhor, tendo em atenção as regras aplicáveis à garantia.

Assim, esse penhor de direitos constituídos em crédito futuro diz respeito a uma determinada classe de créditos e não outra: os futuros. Sem dúvida, um crédito é futuro em atenção ao tempo de constituição do penhor, só pode ser relacionando com o grupo de créditos que não tenham existência atual¹⁶³, por isso, parece incontestável que um crédito líquido, vencido e exigível no momento da constituição do penhor não pode ser considerado “futuro”, mas “atual”, como que é possível até mesmo reconhecer graus em que um crédito ou obrigação pode ser futuro.¹⁶⁴

A questão não se desenvolve somente em quais ou quantos créditos podem ser dados em penhor, mas também quais não poderão ser dados. Essa negativa não decorre da sua natureza como futuros ou de sua origem, como negócios já celebrados ou ainda por celebrar, mas de preencherem um requisito relativo ao objeto do penhor.

Ao contrário dos créditos existentes, os créditos futuros devem ser entendidos como aqueles que ainda não tenham existência jurídica na data da celebração do penhor; ou até mesmo para aqueles que tenham existência jurídica nessa data, mas não estão na esfera jurídica do empenhador, pertencendo, ainda, na esfera jurídica de terceiros, e as partes o considerarem como futuros¹⁶⁵. Assim, podemos imaginar uma imensidade de direitos que podem ser constituídos como futuros.

Quanto à sua origem, os créditos futuros podem surgir tanto de negócios jurídicos já existentes (como as rendas de um contrato de arrendamento ou juros de um contrato de mutuo) como aquelas que ainda poderão se constituir (como a compra e venda ou prestação de serviço que venham a ser celebrados futuramente).

Assim, todo crédito futuro pode ser suscetível de constituir uma garantia de penhor. Na ordem jurídica portuguesa, o artigo 211 do CC descreve que devem ser entendidos como futuros aqueles que ainda não tenham existência jurídica na data da celebração do contrato do penhor, ou aqueles que existam no mundo dos

¹⁶³ DÍEZ-PICAZOPONCE DE LÉON, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias*, 6ª ed, Aranzadi Civitas: Madrid, 2008, p. 409.

¹⁶⁴ CARRASCO PEREIRA, Angel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesus. *Tratado de los Derechos de Garantía*, Ts. I e II, 2ª ed. Aranzadi Civitas: Madrid, 2008, p. 814.

¹⁶⁵ Cfr.: artigo 893º do CC

fatos, porém ainda não estão presentes na esfera patrimonial do devedor pignoratício integrando antes o patrimônio de outro alguém, claro que, se assim for a vontade entre as partes de o considerar como futuro.

Dessa forma, pode ser classificado como crédito futuro uma variedade de direitos de crédito – e ainda também algumas expectativas podem ser equiparadas para essa finalidade de crédito futuro. Quanto à sua origem, tais créditos podem surgir de relações negociais já existentes (como rendas de um contrato de arrendamento) bem como de negócios que ainda estão para serem constituídos (uma compra e venda que se espera ser celebrada futuramente).

Assim, todo crédito futuro pode constituir um objeto de penhor, devendo, evidentemente, por segurança jurídica, aferir a capacidade desses créditos para serem empenhados. Para se chegar a essa aferição, deve-se, primeiramente, averiguar a determinabilidade¹⁶⁶ dos créditos futuros (art. 280 CCPT) e a certeza deles (art. 666, n° 1 CCPT), ambos devem ser averiguados no ato da celebração do contrato de penhor.

O penhor de crédito futuro pode abranger uma série de créditos futuros, com ou sem fixação temporal.¹⁶⁷

Pode-se apontar, para a segurança do negócio jurídico, alguns critérios para a determinação dos créditos futuros, I) a identificação dos devedores desses créditos futuros, II) a identificação de quais bens ou serviços onde surgirão tais direitos de créditos, III) a definição do limite máximo quantitativo ou temporal.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Quanto à determinabilidade, seguimos a lição de MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil. 4ªed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 554, em que diz não ser necessário que os créditos estejam individualmente determinados no próprio contrato, basta que, para o efeito, os créditos possam vir a sê-lo em conformidade com os critérios compactuados. Portanto, basta que o crédito futuro seja concretizável em seu conteúdo.

¹⁶⁷ ALVES, HUGO RAMOS, DO PENHOR. P. 299, ao analisar o penhor de crédito futuro, define-o como “o crédito ainda não nascido da celebração do contrato de penhor, sendo que, em algumas hipóteses, ainda não terá sequer, sido celebrado o contrato que ditará o seu nascimento e, em outros casos, já estarão estabelecidas as regras gerais em que se desenvolverá o contrato. De igual modo, também serão considerados créditos futuros os que nasçam sucessivamente de relações obrigacionais pré-existentes, como acontece, tendencialmente, nos contratos duradouros”.

¹⁶⁸ FERREIRA, Francisco da Cunha; SAMPAIO, Alexandre Pedral. O Penhor de créditos futuros no direito português. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. n. 42, ano. 2016, p. 150.

No que concerne ao requisito da certeza dos créditos futuros, a primeira elucidação sobre o tema é no sentido de dispensar a necessidade de que tal crédito esteja previamente quantificado. Ou seja, crédito certo não é obrigatoriamente aquele que a quantidade esteja fixada previamente, isso porque até os créditos existentes estão sujeitos à variação de valor.

Crédito futuro certo será, dessa forma, aquele que esteja verdadeiramente individualizado no contrato de penhor, em outras palavras, que não precise de qualquer ato futuro - das partes ou de terceiros - que busque a sua identificação.

Diante disso, pode-se dizer que os créditos futuros advindos de relações negociais ainda por se concretizar em que os devedores sejam estranhos à data da celebração do contrato (p.e. todos os créditos que possam vir de prestações de serviços celebrados pelo devedor pignoratícios no exercício de sua atividade); ou que os créditos indicados tenham apenas limites quantitativos em relação à atividade do empenhador (p.e. os créditos das prestações de serviços do empenhador até o limite de 40%); ou, ainda, serem temporais (p.e. os créditos que o empenhador venha a ter no período de 1 ano, a contar de uma data específica) não poderiam ser objetos do contrato de penhor justamente por faltar o requisito da certeza.¹⁶⁹

Todavia, esse estado de coisas não tem obrigatoriamente de ser assim, a exemplo dos créditos futuros advindos de contrato de arrendamento por celebrar que busquem as frações de determinado prédio. Nesse caso, se os imóveis que serão dados em arrendamento forem identificados previamente, ainda que no momento da celebração do penhor, os negócios jurídicos que originarão os créditos empenhados (no exemplo, o contrato de arrendamento predial), ainda que não estejam já compactuados ou, ainda, que os futuros devedores sejam desconhecidos (arrendatários futuros), os créditos que decorrerão das referidas rendas são individualizados, logo, são suscetíveis de serem dados em garantia do penhor.

Tendo em vista o princípio da acessoriedade, é difícil compreender que um penhor constitua-se devidamente sem que, nesse momento, o crédito garantido

¹⁶⁹ Idem.

ainda não exista, eis que será um pouco complicado prever quais créditos serão garantidos no penhor. De toda forma, indiscutível é que o legislador previu a possibilidade da forma do penhor de créditos futuros e, portanto, resta indispensável determinar alguns requisitos para que o penhor possa ser validado e concebido, sempre que respeitar o critério da determinabilidade.

Com a autorização legal do penhor sobre créditos futuros, coloca-se em discussão a determinabilidade do objeto abrangido pela garantia, a qual deveria ser determinada logo quando da sua constituição.

Para esse efeito, CUNHA FERREIRA conclui que os critérios de determinabilidade e certeza dos créditos futuros só podem ser admitidos no momento da celebração do contrato de penhor e deve, inevitavelmente, ter cautela aos elementos que permitam especificar os créditos a serem dados em garantia.

Assim, o penhor de créditos futuros só será determinável se, na altura da sua constituição, puder estipular, com segurança, quais os créditos que serão englobados pela garantia. É importante conseguir estipular o montante da garantia quando da celebração do penhor.

Não obstante, é de se reconhecer que existe certa dificuldade em compreender a validade do negócio jurídico vindo de um crédito futuro,¹⁷⁰ questão esta que também já foi estudada na compra e venda de coisa futura.¹⁷¹ A análise

¹⁷⁰ Nas palavras de Karl Larenz, “também é possível – e frequente na prática – a cessão de créditos futuros, por exemplo, pretensões sobre rendas futuras ou sobre créditos futuros derivados de obrigações contratuais ou negociais com terceiros. Unicamente, exige-se que o crédito que se cede se ache tão exactamente caracterizado que depois do momento do seu nascimento possa ser determinado sem qualquer dúvida.” Pg. 459.

¹⁷¹ Conforme artigo 408º, nº 2 e 880º/CC em que dispõe, respectivamente: “Se a transferência respeitar a coisa futura ou indeterminada, o direito transfere-se quando a coisa for adquirida pelo alienante ou determinada com conhecimento de ambas as partes, sem prejuízo do disposto em matéria de obrigações genéricas e do contrato de empreitada; se, porém, respeitar a frutos naturais ou a partes componentes ou integrantes, a transferência só se verifica no momento da colheita ou separação.” e “Na venda de bens futuros, de frutos pendentes ou de partes componentes ou integrantes de uma coisa, o vendedor fica obrigado a exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos, segundo o que for estipulado ou resultar das circunstâncias do contrato.”

dos créditos futuros pode ser definida em dois critérios, objetivo e subjetivo, em consonância também com os artigos do Código Civil 211¹⁷² e 893°.

Cite-se, ainda, outra forma de distinção de coisa futuras, aquela que se diz como absoluta e a relativamente futura. Sendo a coisa absolutamente futura, aquela que ainda não existe no mundo dos fatos, mas que se tem a certeza de que passará a existir, como exemplo uma casa que será construída, uma colheita do pomar. Já a coisa relativamente futura vem a ser aquela já existem, porém não está disponível na esfera do alienante, existindo somente mera expectativa de se vir a ter, como exemplo, um direito de um bem herdado.¹⁷³¹⁷⁴

Portanto, créditos futuros seriam aqueles que ainda não possuem existência no momento que o negócio foi celebrado, ou é existente aquela data, porém o devedor ainda não é o titular do referido bem, embora virá a sê-lo.

Ainda, na legislação portuguesa, em seu artigo 399 do CC, admite-se a prestação de coisa futura que somente será afastada essa possibilidade nos casos em que a lei proíba expressamente, como acontece na doação disposta no artigo 942, nº 1 CC, em que “a doação não pode abranger bens futuros”.

Um ponto importante para se determinar o que abrange o crédito futuro é que ele seja ao menos determinável, a fim de que se tenha validade na forma do artigo 280, nº 1 CC, mas não necessariamente que se tenha absoluta certeza no momento da celebração do contrato.¹⁷⁵ Bastando, para que tenha esse requisito

¹⁷² “São coisas futuras as que não estão em poder do disponente, ou a que este não tem direito, ao tempo da declaração negocial”

¹⁷³ Defendido por Castro Mendes em Teoria Geral do Direito civil, p. 22 e Armando Braga, em Contrato de compra e venda, p. 77.

¹⁷⁴ Ainda GARCIA VICENTE, J.R. La prenda de créditos, cit. p. 81, dentro da doutrina espanhola no âmbito da falência traz uma distinção entre créditos simplesmente futuros e puramente futuros. Em que “*Los primeros son aquellos cuyo nacimiento proviene de relaciones jurídicas preexistentes al momento de producirse la declaración de concurso y se configuran como oponibles en el concurso del pignorante. Los segundos son aquellos que nacen de contratos o relaciones pendientes de constitución en el referido momento y son objeto de integración en la masa activa, libres de gravámenes, al no ser resistentes al concurso.*”

¹⁷⁵ Nesse sentido, José António Gonzalez em El Contrato de factoring como cesión global de créditos futuros, pg. 394 e 395, salienta que a determinabilidade é aquela possível de se chegar a uma determinação perfeita em momento posterior da obrigação. Ou seja, tal indefinição não

preenchido, a indicação de que os créditos penhorados resultem do exercício de determinada atividade do devedor, devidamente indicado.

Salienta-se que as expectativas jurídicas, ou de fato, não podem ser comparada aos efeitos de créditos futuros, eis que estas não possuiriam forma no momento da constituição da garantia. Portanto, mesmo que regulamentado pelo ordenamento jurídico, não é possível as partes acordarem um crédito que, apesar de ser futuro, é somente uma expectativa. Destaca-se que, mesmo que seja possível o penhor de crédito futuro, este carece de uma certeza de que possa existir no momento de sua exigibilidade ou pelo menos que seja certo que existirá em algum momento. Tudo em respeito ao princípio da segurança jurídica das garantias, de que uma simplesmente expectativa de que um direito possa ser englobado na esfera patrimonial do devedor não tem o condão de virar uma garantia, visto que se não vir a existir no momento de sua execução, o credor ficará sem proteção da garantia acordada entre as partes.

10. O valor do penhor de créditos futuros como garantia

Como verificaremos em seguida, a garantia oferecida pelo penhor de créditos futuros simples traz maior incerteza do que aquela que oferece a penhor um crédito atual, e isso ocorre porque o objeto da garantia é mais volátil em um do que no outro. Como resultado, o seu valor não pode ser o mesmo do que aquele penhor constituído com um crédito já existente, e igualmente ocorre nos casos da declaração de falência do devedor.

De certo é que grande parte da dificuldade que gira em torno do tratamento do penhor de crédito futuro em matéria de falência deriva do entendimento de que os créditos têm o mesmo valor de quando o objeto da garantia é um crédito atual, ou seja, que já existe na época da constituição da garantia, do que quando se trata de um crédito futuro que está para nascer de um contrato que existe no momento da declaração da falência (crédito futuro simples). Como verificaremos, isso não significa que o penhor de crédito

poderá ser absoluta, não poderá ensejar dúvidas quanto à essência da obrigação. Nesse ponto que se defende existir caracteres objetivo e subjetivo.

futuro não tenha valor para a falência, mas, sim, que possui um valor particular que confere maior volatilidade ao objeto da garantia.

10.1. A condição dos fluxos de renda pagos de uma obrigação

O penhor de créditos futuros constitui uma forma de garantia que dá resposta às necessidades de financiamento de um bom número de operações. Todos esses têm em comum uma estrutura patrimonial que se caracteriza, em uma parte, pela falta de ativos materiais sobre as quais podem constituir garantias reais tradicionais e, por outro lado, pela sua capacidade como objeto produtivo de gerar fluxo de caixa possíveis a ingressar no seu patrimônio. Isto é, em termos jurídicos, referem-se a empresas que possuem capacidade para tornarem-se titulares de direitos de crédito.¹⁷⁶ Os motivos que explicam a escassez de ativos materiais ou tangíveis são muito variados. Estes podem ser pela própria estrutura patrimonial da empresa, em que os ativos existentes, ou ainda, o mais valioso são os fluxos de renda que os negócios empresariais podem gerar. Este é, por exemplo, os casos de projetos empresariais financiados por meio de um *project finance*, as empresas de entretenimento que produzem filmes, séries de televisão, espetáculos teatrais, etc., os clubes esportivos ou as concessionárias de obras públicas.¹⁷⁷ Ainda, essa escassez de ativos também encontra explicação em algumas empresas cujos bens materiais já foram dados em garantias de anteriores financiamentos recebidos.

Como é possível observar, em todos esses supostos fluxos de renda que os diversos negócios empresariais podem gerar não só constituem uma fonte de valor direto para a empresa, como também um objeto que pode ser dado em garantia, o qual facilita a obtenção de um financiamento necessário para desenvolver outros projetos socialmente

¹⁷⁶ PANTALEÓN, Fernando; GRGORACI, Beatriz. “El alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros”, RCP, nº 20, 2014, p. 1.

¹⁷⁷ Referente ao valor do penhor de créditos futuros no financiamento de grandes projetos de infraestrutura, em que tanto os créditos derivados dos contratos com os participantes do projeto, como da responsabilidade patrimonial da Administração frente ao concessionário pela extinção do contrato de prestação, servem como garantia das obrigações assumidas por este. V. PULGAR, Juana. “Sociedades concesionarias de obra pública, pignoración de créditos y concurso de acreedores”, RdS, nº40. 2013, nas paginas 16-18. Já referente a tendência de penhorar ativos intangíveis valiosos, entre os que se encontram os paymente intangibles que implicam uma obrigação monetária principal para financiar a indústria do entretenimento. v. ODINET, Christopher K. , “Testing the Reach of UCC Article 9: The Question of Tax Credit Colateral in Secured Transactions”, South Carolina Law Review, vol. 64, p. 143-183.

valiosos. Assim, na medida em que tais fluxos futuros de renda sejam especificados em direitos creditórios, os quais a empresa é ou possa se tornar proprietário, tais créditos são ativos confiáveis para garantir o pagamento do crédito.¹⁷⁸ Podem, assim, serem oferecidos em garantia a quem está disposto conceder financiamento por meio do penhor de créditos futuros. Seguindo alguns exemplos anteriores, a empresa promotora de espetáculos pode ceder em garantia dos direitos de crédito resultante da venda de entradas; os clubes de futebol podem conceder em garantia os direitos de crédito resultando da transmissão de seus direitos audiovisuais ou dos direitos da partida¹⁷⁹; uma *start-up* pode dar em garantia o direito de crédito que possui perante a administração pública pelos subsídios dos quais essa atividade se beneficia, ou pelas devoluções de receita financeira que a administração tributária deva realizar em seu favor como obrigação tributária¹⁸⁰.

Dessa forma, não é de se estranhar que surjam, como nesses casos, uma necessidade específica de valoração de crédito que, em não poucas momentos, criam uma valoração do próprio projeto empresarial.¹⁸¹

Ademais, retornando à constituição da garantia, cria-se uma estrutura básica em que sua configuração se apresenta do seguinte modo: de um lado, encontram-se as partes

¹⁷⁸ GUTIÉRREZ, Nuria Bermejo. “Prenda de créditos futuros y contratos pendientes de ejecución en el concurso.” Revista InDret, nº 3, 2018, p.8

¹⁷⁹ Os clubes de futebol têm utilizado em grande escala os casos de penhor de crédito futuro em garantia de obrigações. Em Espanha, vê-se o assunto examinado na sentença 210/2012, de 20 de julho, do Juzgado Mercantil nº 1, de Alicante, citada por PANTEÓN/GREGORACI (2014. p.2). em que o Hercules Club Fútbol, deu em penhor 100% dos créditos derivados do contato de cessão de seus direitos audiovisuais, os 50% dos créditos por transferências ou cessão temporária de jogadores e os 50% da importância dos créditos resultantes da venda dos ingressos. Igualmente v. STS, 1ª, 6.11.2013 (ECLI: ES: TS:2013:5875), em que a Real Oviedo, S.A.D., havia penhorado os direitos de crédito derivados de um contrato de patrocínio celebrado com o Principado de Asturias em favor de uma entidade bancária. E, ainda, STS, 1ª, 13.3.2017 (ECLI: ES:TS:2017:845), o Real Club Deportivo de La Coruña, S.A.D havia penhorado os direitos sobre as partidas e seus direitos audiovisuais.

¹⁸⁰ Esse é um outro pressuposto examinado pela sentença STS, 1ª, 13.3.2017 (ECLI:ES:TS:2017:845), em que o tribunal estabeleceu a condição de crédito nascido de uma relação jurídica constituída antes da declaração de falência, o direito de obter a devolução de ingressos correspondentes quando o fato gerador do imposto tivesse ocorrido antes da declaração de falência.

¹⁸¹ Ainda referente ao setor do entretenimento, existem financiadores que tem desenvolvido um conhecimento em valorar as possibilidades de êxito nos espetáculos financiados, visto que recebem em garantia o valor que estes podem gerar. Tais financiadores são chamados de “Broadway Angels”. (v. ODINET, 2012-2013, p.10)

fonte do direito de crédito – seguindo o exemplo do contrato de arrendamento, o arrendatário e o arrendante, - e de outro lado, as partes do contrato de financiamento, fruto da garantia do penhor – devedor e credor-.¹⁸². Logo, no âmbito dessa relação triangular, o penhor de crédito futuro afeta os fluxos de renda que o projeto empresarial pode gerar – i.e pelas rendas do arrendamento, e também pelo pagamento dos direitos de transmissão televisiva, pela venda de entradas, etc. – para a satisfação do credor que concedeu o financiamento necessário para concretizar referido projeto. Dessa maneira, caso o devedor descumpra a obrigação principal, o credor pignoratício-cessionário dos créditos poderá se satisfazer sobre esses fluxos de renda, com preferência sobre os restantes credores do devedor.

Assim como outro tipo de garantia, em virtude dessa afetação, o penhor de créditos tem a potencialidade de reduzir o risco de insolvência dos direitos de crédito assim garantidos e, com isso, facilita a obtenção do financiamento, ou porque reduz o custo de obtê-lo ou porque permite que seja concedido.¹⁸³ Entretanto, nem toda efetividade de um direito de crédito para o pagamento de uma obrigação está apto para gerar esse efeito de garantia da mesma maneira e com o mesmo alcance. Sua eficácia como garantia está condicionada, entre outras razões, pelos diversos tipos de crédito que podem constituir o seu objeto. Para isso, é necessário distinguir, por um lado os créditos presentes ou atuais, e por outro lado, os créditos futuros, e com respeito a estes últimos, entre os créditos futuros simples e os créditos futuros puros.

Os créditos atuais ou presentes são os que existem no patrimônio do devedor no momento da constituição da garantia. Por outro lado, os créditos futuros são aqueles que estão por nascer no momento da transmissão. Essa situação nos leva, ainda, a distinguir os créditos futuros simples e os créditos futuros puros. Os créditos futuros simples são aqueles que vão nascer de uma relação jurídica que se encontra já constituída, e voltando ao nosso exemplo, as rendas que serão ganhas como consequência do contrato de arrendamento de um imóvel celebrado antes da constituição da garantia. Os créditos

¹⁸² Oportuno destacar que outras figuras são possíveis, como por exemplo, o credor pignoratício e o credor dos crédito penhorado se coincidir na mesma pessoa, dando lugar a um penhor sobre o próprio crédito. Igualmente, pode igualar o credor pignoratício com o devedor do crédito penhorado, dando lugar a um penhor sobre a própria dívida.

¹⁸³ Referente a essa função facilitadora Calomiris et al. (2017, p.183), adverte que: “[in] countries with poorly developed movable collateralization laws, firms in sector that exogenously rely more on movable assets in the production tend to see a shrinkage in their shares of production, compared to other firms”.

futuros puros, por sua vez, são aqueles que nascerão de uma relação jurídica que não foi constituída ao tempo da celebração da garantia. Esse é o exemplo dos casos dos direitos de venda das entradas de um espetáculo que será lançado num momento posterior, ou ainda da renda do arrendamento de um imóvel que será celebrado com data posterior, mas que no momento da garantia não se havia celebrado.

10.2. A volatilidade dos créditos futuros

Outra questão a ser analisada para determinar o valor do penhor de crédito futuro tem relação com a própria natureza dos direitos cedidos em garantia. Assim, os direitos de créditos futuros que nasceram de determinada relação jurídica são mais voláteis que os direitos de crédito atuais, os ditos já existentes no momento da constituição da garantia. Isso explica porque a relação jurídica que estão chamados a nascer esses direitos de crédito está exposta às variações da realidade. Ainda, significa que, ao aceitar um crédito futuro como garantia, o credor pignoratício de direito de crédito assume um risco nada insignificante, isto é, o risco de que este não chegue a nascer e, em consequência, de que sua garantia se desvalorize ou, ainda, que seu valor se reduza a zero.

Retornando ao exemplo do contrato de arrendamento, pensemos sobre todos aqueles casos em que poderia ser de interesse do arrendatário por fim ao contrato de arrendamento, cujas rendas, todavia, teriam sido cedidas em garantia (i.e. mudança do arrendatário para outra localidade por questões de trabalho, dissolução da sociedade arrendatária, etc.). Pensemos, ainda, sobre outra perspectiva em que o próprio arrendador-devedor pignoratício deseja por fim ao contrato de arrendamento (i.e. para acabar com os incumprimentos reiterados do arrendatário). Em todos esses casos, o contrato se extinguirá e, com isso, desaparecerá o objeto da garantia do penhor.

Além da volatilidade dos créditos futuros, os exemplos anteriores nos permitem demonstrar outra questão que nos parece fundamental para a compreensão dessa garantia, que a maior volatilidade dos direitos de crédito futuro pode estar condicionada pelas vicissitudes que afetam o contrato que o devedor-cedente é parte. Neste ponto, vale lembrar que o devedor-cedente mantém os poderes que derivam do contrato do qual os créditos são nascidos. E é que, em virtude do contrato de cessão, em princípio, apenas os direitos creditórios que surgirão do contrato e não toda a posição legal que o transferidor tem como parte desse contrato são transferidos. Por essa razão, o devedor mantém a

possibilidade de desfazer-se do mesmo e, com ele, impedir o nascimento dos direitos creditórios que constituem o objeto da garantia.¹⁸⁴

Sem dúvida, o credor tem o direito de não prejudicar o objeto da garantia. Na verdade, ele pesa sobre o devedor-cedente o dever de se abster de realizar qualquer conduta que possa prejudicar o direito do cessionário¹⁸⁵. E, claro, contra esses comportamentos, o credor pignoratício-cessionário do crédito pode adotar as medidas cabíveis para a conservação do seu direito.¹⁸⁶

Entretanto, como resultado de um comportamento que viola o dever de abster-se da lesão e o cessionário sofra um dano, ele pode obter a compensação adequada. Assim, por exemplo, contra o descumprimento grave ou contínuo do inquilino, parece aceitável acreditar que o juiz vai abordar a reivindicação do proprietário/devedor-concedente de rescindir o contrato, e o cessionário credor pignoratício de ordenar ao seu favor a indenização resultante da referida rescisão. Todavia, essa indenização para satisfazer o inquilino inadimplente poderá ser menor que o valor dos recebíveis que poderia gerar o contrato de arrendamento e a obrigação garantida com os frutos dele seria, então, insuficiente. Bem, para os danos que possam ser causados pela perda da garantia como

¹⁸⁴ Nesse sentido, resulta o entendimento de VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones. Comares: Granada, 2007, pp. 505-506: *“El hecho de disponer anticipadamente de un crédito futuro hace que en el momento en que, a no ser por la cesión, hubiera nacido a favor del cedente, se produzca en la persona del cesionario. El cedente, vinculado por su acto prematuro de disposición, no puede impedir que este resultado se produzca” [...] “En cambio, el cedente no queda imposibilitado, por la cesión de un crédito futuro, para cancelar la obligación de que había de nacer el crédito, frustrando con ello la adquisición del cesionario. Así, por ejemplo, el arrendador que haya cedido los futuros alquileres, es dueño de denunciar, en su caso, el contrato, impidiendo con ello que los alquileres cedidos se produzcan. Esta conducta puede, en ciertos casos, suponer un quebrantamiento de los deberes contraídos para con el cesionario. Pero aunque el arrendador prometa al cesionario no denunciar prematuramente el contrato de alquiler, esta promesa sólo engendra efectos personales y no despoja al arrendador de la posibilidad de denunciar el contrato. Esto implicará para el adquirente un riesgo inseparable de la adquisición de créditos futuros”*.

¹⁸⁵ Ex artigo 1258 CC/ES

¹⁸⁶ PANTALEON, (1991a) p.1031, de onde se retira que caso ocorra a extinção do crédito por uma causa imputável ao cedente, este responderá contratualmente por infringir seu dever de omitir toda a conduta prejudicial para os direitos do cessionário. Ness mesmo sentido, GARCIA VICENTE (2006, p. 5). sustenta que o devedor-cedente suporta a obrigação de possibilitar o nascimento do crédito e que, ao optar pela resolução do contrato em interesse do concurso, incumpirá nas obrigações derivadas do contrato do penhor. Nesse sentido, necessita que o credor pignoratício gozará, antes que nasçam os créditos, das ações correspondentes para assegurar a conservação de seu direito (art. 1121 CC/ES).

resultado da violação do referido dever de abstenção, o credor pignoratício terá direito a receber uma indenização que o compense do dano.

Assim, a maior volatilidade dos créditos futuros, como constatamos, advém de um elemento de incerteza do penhor cujo objeto são esses direitos de crédito, que acarretam num impacto direto sobre o valor anterior dado a essa garantia. Dessa forma, uma vez que o nascimento dos direitos de crédito não estão assegurados, a capacidade da garantia de proteger os credores frente a um risco de incumprimento torna-se mais incerta. Ainda que o direito de obter uma indenização pelo dano sofrido em consequência da resolução do contrato não lhe permite reservar os bens do devedor para assegurar o pagamento do direito de crédito, visto que então deverá concorrer com os restantes dos credores.

Todavia, isso não significa que o penhor de crédito futuro careça de valor como garantia frente ao risco de insolvência (descumprimento). Mas, sim, significa que possui um valor anterior diferente daquele que corresponde ao penhor de crédito de bem atual e que esse valor poderá refletir num possível concurso de credores posterior. Com isso, os credores dispostos a conceder um financiamento com esse tipo de garantia deverá considerar tais circunstâncias para determinar o tamanho do risco do crédito garantido desse modo, bem como as condições em que o financiamento é concedido e o custo delas.

10.3 A oposição frente à declaração de falência

Antes de mais iniciar, é oportuno esclarecer que a doutrina espanhola foi a que melhor examinou os efeitos do penhor de créditos futuros frente à declaração de falência. Assim, como será mais bem tratado mais à frente neste trabalho, no que se refere à admissibilidade desse tipo de garantia no ordenamento jurídico espanhol, buscaremos, neste ponto, apenas tratar do valor que esse tipo de garantia possui quando da declaração de falência do devedor.

A primeira questão a ser estudada para definir o valor do penhor de créditos futuros na falência, ou até a sua capacidade de reduzir o risco de insolvência do crédito, é na denominada “resistência concursal” do penhor de créditos. O qual vem definido pela eficácia dessa condição perante os outros credores do devedor, e aqui, diante da falência. No caso dos créditos atuais ou presentes, essa questão não é discutida, para isso bastará

que conste no contrato uma data confiável da cessão.¹⁸⁷ A partir disso, a referida cessão poderá se opor a outros credores e, com ela, a condição do pagamento da obrigação garantida dos créditos cedidos em garantia. Diferente é o caso quando o objeto do penhor é um crédito futuro, visto que o concurso não reconhece de igual forma as atribuições de créditos que tem por objeto crédito futuro simples, daquele que tem como objeto créditos futuros puros.¹⁸⁸ A razão para isso é simples de entender, quando a relação jurídica de questão a nascer os direitos de crédito se constitui antes da declaração de falência, produz-se a condição dos créditos futuros em função da garantia, ou seja, é constituído o penhor sobre esses créditos, e em razão desse negócio de cessão, o credor pignoratício recebe a posição a que corresponde o devedor-cedente a essa relação para garantir o pagamento da obrigação.¹⁸⁹ Dessa forma, o credor pignoratício-cessionário cria a perspectiva de adquirir os direitos creditícios que surgirão dessa relação obrigatória ou, até mesmo, incorpora uma expectativa de direito¹⁹⁰. Assim, quando surge o direito de crédito, ele é transferido para o credor pignoratício automaticamente e sem a necessidade de que as partes celebrem um negócio jurídico posterior, nem qualquer ato. Ademais, a declaração de falência não pode afetar a referida transmissão e portanto, entende-se que surte efeitos contra os demais credores do devedor.¹⁹¹

¹⁸⁷ Ver art. 90.1.6 Ley Concursal Espanhola.

¹⁸⁸ Ver art. 90.1.6, segundo paragrafo da Ley Concursal Espanhola.

¹⁸⁹ GUTIERREZ, Nuria Bermejo. (2018), p.10.

¹⁹⁰ Na doutrina alemã, ver LARENZ (1987, p. 585) e MEDICUS (1996, p. 341)

¹⁹¹ Nesse sentido, VEIGA (2018, pp. 637-638) entende que: “si el crédito futuro que nace de una relación jurídica preexistente o contrato causal determinado o determinable no nació o se perfeccionó en el momento de la apertura concursal pero sí en un momento ulterior, no tendrán resistencia concursal”. Todavia, esse entendimento ignora a existência, nestes casos, de uma expectativa de direito, que surge a partir da constituição da relação jurídica a qual os créditos nascerão. Sendo esta constituída antes da declaração de insolvência, o penhor de créditos futuros tem resistência à insolvência, mesmo que os créditos nasçam depois. Antes da alteração legislativa da Lei 40/2015 (Referente ao Regime Jurídico do Setor Público), alguns doutrinadores sustentaram que na falta de disposição legislativa expressa, não poderia haver no ordenamento jurídico a distinção de créditos simples de puramente futuros, com a finalidade de determinar a declaração da falência na cessão de créditos futuros. Dentro da doutrina espanhola, CARRASCO / TORRALBA (2011, p. 5) argumentaram que “no pueden sacarse de la masa activa merced a ningún instrumento contractual en virtud del cual tales créditos se fabulen como nacidos en cabeza de un tercero merced al efecto retroactivo de la condición (la condición de que nazca el crédito) cumplida. ”. Da mesma forma, v. G ARCÍA V ICENTE (2006, p.17), que fundou sua posição no que considera a “irrazonabilidad” de conceder a um sistema de penhor indefinido ou extensivo de créditos futuros oposto à declaração que facilita a constituição de bens universais.

Contudo, diferentemente do que acontece com o penhor de créditos atuais, para reconhecer a eficácia da declaração para o penhor de crédito futuro simples, o legislador exigiu que a transmissão do direito conste em um documento público ou que a garantia esteja registrada no Registro público correspondente.¹⁹² Tanto no penhor de crédito atual como no penhor de crédito futuro, tratando-se de uma atribuição limitada, nada impede que somente se transmitira ao credor pignoratício-cessionário algumas da prerrogativas próprias do direito de crédito, que não obstante ao que for celebrado pelas partes no contrato, será necessário para que garanta a função dessa garantia.¹⁹³

Entretanto, quando a relação jurídica do qual estão chamados a nascer os direitos de crédito do objeto da garantia não tenha sido constituído ao tempo da declaração de insolvência, o devedor-cedente não pode transmitir a posição alguma de credor em relação ao credor pignoratício-cessionário do crédito, pois este ainda não existe. Portanto, não será constituída nenhuma condição até que essa relação nasça. Isso resulta grande problema em relação à falência. Eis que, após a declaração de insolvência, existem limitações dos poderes do insolvente para transferir ou onerar os bens e direitos existentes em seu patrimônio, a fim de que com isso proteja os interesses dos credores para não desvalorizar os referidos patrimônios.¹⁹⁴ Esse entendimento opõe-se ao fato de que em razão de um ato de disposição do falido antes da declaração de insolvência, este pode dispor de um direito de crédito que surja de uma relação jurídica constituída depois da declaração de insolvência, afetando a satisfação de uma obrigação e prejudicando, com isso, o valor do patrimônio do insolvente em prejuízo do grupo de credores.

¹⁹² Em relação à obrigatoriedade de um documento público exigir a aplicação da constituição do penhor de bens ao penhor de crédito, que não passa além de uma cessão limitada da garantia, é um tanto discutível. Não sendo indispensável a escritura pública para a constituição do penhor de créditos atuais, não se entende porque se exige para o penhor de créditos futuros para reconhecer na declaração de falência. Além disso, em razão da relevância que tem o momento da constituição da relação obrigatória que surgirão os créditos para reconhecer a resistência concursal ao penhor de créditos futuros, interessaria constar a data da constituição da relação jurídica ou da celebração do contrato a partir do qual os créditos futuros surgiriam. No entanto, FERNANDEZ DEL POSO (2016, pp. 11 e 13) tende a argumentar que o instrumento público somente é exigível nos casos dos créditos estritamente futuros e não em todos os créditos futuros simples. Em relação ao penhor constituído sobre créditos estritamente futuros, parece reconhecer a resistência à falência quando a relação jurídica for aperfeiçoada antes da declaração da falência.

¹⁹³ PANTALEÓN, Fernando. “La cesión de créditos”. ADC, vol. 41, nº 4, 1988, p.1042 e 1043.

¹⁹⁴ MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora. “Comentario del artículo 43 LC”, em ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio (diretores). *Comentario de la Ley Concursal*. Civitas: Madrid, 2004. T. I, p. 890-900.

Ademais, isso se retira que se da relação jurídica a qual os créditos deverão surgir não se tenha constituído ao tempo da declaração da insolvência do devedor cedente, estes entrarão, quando perfeitamente constituído, em seu patrimônio e não diretamente no patrimônio do credor pignoratício-cessionário do crédito. Com isso, entende-se que não há reconhecimento dos efeitos frente à insolvência para os atos de disposição antecipada realizados pelo devedor insolvente sobre esses créditos.¹⁹⁵

Dito isso, não se pode concluir que exista atribuição limitada de créditos que vão nascer de uma relação jurídica que não está constituída ao tempo da celebração do contrato careça de todo valor para neutralizar o risco de insolvência. Isso terá tanto quanto antes da declaração de insolvência se tenha constituído a relação jurídica que estão chamados a nascer os direitos de créditos afetados ao pagamento da obrigação principal.¹⁹⁶ Ou ainda, se preferir, na medida que antes da declaração de insolvência essa atribuição limitada de crédito futuro foi constituída como penhor de créditos futuros simples contra os credores do devedor-cedente e o credor pignoratício-cessionário incorporam ao seu patrimônio a correspondente expectativa de direito.

Por essa conclusão, poder-se-ia pensar que o uso das cessões com finalidade de garantia poderia ser um subterfúgio contra o não reconhecimento dos efeitos da falência nas cessões de crédito futuro puro. No entanto, esse desfecho enfrenta dois dilemas importantes. Primeiro, tendo em vista que o real propósito econômico do negócio é garantir uma obrigação, a cessão não produzirá efeitos transmissivos. Estes deverão ser enquadrados a uma cessão limitada, ou a um penhor de crédito.¹⁹⁷ Por isso, essa cessão fiduciária de créditos futuros puros também estará sujeita ao regime da Lei de Falência. Em segundo, muito embora o legislador em matéria de insolvência não tenha dito nada a esse respeito, quando se referir à cessão plena de crédito futuro, estas serão afetadas nos mesmos termos que a cessão limitada pelas restrições à capacidade de dispor ou onerar imposta ao devedor falido. Por conseguinte, as cessões plenas de crédito futuro que não

¹⁹⁵ Ver artigo 90.1.6 a) da Ley Concursal.

¹⁹⁶ PANTALÉON, 1988. p 1044, aponta que, de maneira geral, no caso de penhoras antecipadas de crédito futuro, a constituição da garantia do penhor ocorre quando o crédito nascer, ou se anteriormente o devedor vier a cair em insolvência, quando o contrato que gera o crédito é celebrado.

¹⁹⁷ Referente aos efeitos da transmissão plena de créditos com finalidade de garantia, ver PANTALEON, La cession de créditos. pp 1042-1043.

estejam cobertas por uma expectativa de direito não poderão ter feitos frente à insolvência.¹⁹⁸

11. Admissibilidade e legalidade do penhor de crédito futuro nos ordenamentos jurídicos.

11.1. Ordenamento jurídico Português:

Assim como em outros ordenamentos jurídicos, os quais veremos adiante, podemos dizer que, em não havendo restrição expressa, é possível o penhor de créditos futuros no ordenamento jurídico português. Referida admissibilidade pode ser encontrada tanto nas regras gerais referente aos negócios jurídicos sobre coisas futuras, como a prestação de coisa futura artigo 211º do CC¹⁹⁹ e mais genericamente no artigo 399º do CC²⁰⁰ quanto também na venda de bens futuros²⁰¹, penhora em créditos futuros e até mesmo a expectativa de aquisição²⁰².

Da mesma forma, é visto no Código dos Direitos do Autor e dos Direitos Conexos quando admite o penhor do direito do autor referente à obra futura²⁰³ e no Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas em que admite por um devedor singular a cessão ou penhor de créditos advindos de um contrato de trabalho ou prestação de serviços²⁰⁴. Tais preceitos fazem referência expressa ao penhor de créditos futuros, mesmo que seja para limitar os seus efeitos em alguns casos.

¹⁹⁸ Nesse sentido foi o julgado STS, 1ª (ECLI: ES: TS:2008:3259) em que tanto no caso de cessão completa como no caso de cessão limitada de créditos futuros, estes terão efeitos perante a insolvência quando a relação jurídica que nascem os créditos é constituída com anterioridade à declaração da falência.

¹⁹⁹ Artigo 211º do Código Civil: “São coisas futuras as que não estão em poder do disponente, ou a que este não tem direito, ao tempo da declaração negocial.”

²⁰⁰ Artigo 399º do Código Civil: “É admitida a prestação de coisa futura sempre que a lei não a proíba.”

²⁰¹ Artigo 880º do Código Civil: “1. Na venda de bens futuros, de frutos pendentes ou de partes componentes ou integrantes de uma coisa, o vendedor fica obrigado a exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos, segundo o que for estipulado ou resultar das circunstâncias do contrato.”

²⁰² Artigos 773 e 778 do Código de Processo Civil.

²⁰³ Artigo 46 e 48.

²⁰⁴ Artigo 115.

Além desses fundamentos legais, expressos ou não, de caráter geral ou especial, permite-nos concluir que não há nenhum impedimento legal para não constituir o penhor sobre créditos futuros na legislação portuguesa. Cumpre lembrar que não podemos falar de entrega do objeto do penhor, pelo que o desapossamento deixa de ser um requisito para a sua constituição, pois não estamos perante um contrato real, como no caso do penhor de coisas.

A atual existência do crédito não é um elemento necessário para a constituição do penhor. A exigência de forma e publicidade do penhor de direitos, também exigida para a transmissão do direito empenhado²⁰⁵ e, ainda, nos casos dos penhores de créditos, a notificação e aceitação do respetivo devedor para que o penhor tenha eficácia, cumprem as funções pela entrega da coisa no penhor.

Oportuno citar o Parecer n° 1/86, de 4 de junho, da Procuradoria Geral, o qual entendeu que é possível o penhor futuro se a lei dispuser exceção que o autorize.²⁰⁶ O referido parecer tratou a admissibilidade de coisa futura, sendo aplicável, portanto, ao penhor de coisas, ante a necessidade de entrega do objeto empenhado para a efetiva constituição do penhor.²⁰⁷ Justificando o seu entendimento ante a necessidade da entrega do bem para perfectibilizar a garantia do penhor, o que de todo modo é aceitável, porém não entraremos na permissão da coisa futura, pois trataremos apenas referente ao crédito. Nessa linha, ante o penhor de créditos não exigir para a sua admissibilidade a entrega do referido bem, bastando um documento que o identifique, não há que se falar na sua inadmissibilidade pela falta de transição, caso contrário, nenhum penhor de créditos seria admitido no ordenamento jurídico.

Portanto, tal parecer não influenciaria a admissibilidade do penhor de créditos futuros no ordenamento jurídico português.

Ainda, se analisarmos que a ideia do penhor é justamente fazer com que o credor pignoratício se faça pagar com preferência relativamente aos demais credores pelo resultado da venda da coisa (ou do direito) dado em penhor, não se entende porque um

²⁰⁵ Artigo 681, n° 1 do CC/PT.

²⁰⁶ Trecho do parecer n 1/86 da PGR/PT: “no ordenamento jurídico português, a constituição definitiva, por via de contrato, de penhor sobre coisa futura.

²⁰⁷ O parecer ainda conclui: “configurável o penhor de coisa não integrando, ainda, o patrimônio do devedor, numa perspectiva de direito real de garantia do credor, que lhe permita, se necessário, fazer-se pagar com o produto da venda da coisa empenhada, residindo aqui, quanto a nós o elemento tipológico por excelência da figura.”

crédito futuro, vindo de prestações periódicas ainda não vincendas ou de uma relação ainda não concretizada, não possa ser aceito, eis que os mesmos podem ser alienados, conforme artigos 880 e 577 do CC.

Para que o referido penhor se perfectibilize, é preciso que esses créditos se constituam no decorrer do tempo. Evidentemente, que a eficácia e usabilidade da atual garantia se verificará com o tempo e com a constituição dos créditos futuros ofertados em penhor. Porém, referida situação não diferencia conceptualmente da redução do valor de um bem corpóreo empenhado, podendo o credor pignoratício tanto nos casos de penhor de crédito futuro quando nos casos de penhor de coisas, utilizar do reforço da garantia disposta no artigo 701 combinado com artigo 678 do CC.

O que não vislumbramos ser possível é excluir da ordem jurídica a possibilidade de poder dar em penhor um crédito futuro sob a argumentação de ele não teria aptidão para garantir obrigações, excluindo qualquer valor jurídico-econômico que o crédito possui.

E justamente por esse motivo que a doutrina portuguesa não desenvolveu maiores discussões referentes à admissibilidade do penhor de créditos futuros dentro do ordenamento jurídico. Dessa forma, embora não admitisse um penhor sobre coisa futura, Vaz Serra, antes da entrada do Código Civil de 1966, admitiu um possível contrato definitivo de penhor, válido, porém incompleto, “quando a interpretação do negócio não leve inequivocamente a admitir um contrato preliminar.”^{208 209}.

Igualmente, os tribunais superiores, em pouquíssimos momentos que se depararam com o tema do penhor de créditos futuros, em sua maioria em casos de execução fiscal, e sem que fosse questionada admissibilidade da garantia, não suscitou discordância com a licitude da garantia do penhor em créditos ainda não constituídos, futuros.

Assim, nos acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo²¹⁰, discutiu-se a capacidade de uma garantia consistente no penhor de créditos futuros do executado para a suspensão do processo de execução fiscal. O tribunal tampouco se preocupou em

²⁰⁸ VAZ SERRA, Adriano. Penhor. BMJ, n° 58, 1956, p.71.

²⁰⁹ Igualmente admitem a figura do penhor de créditos futuros, Menezes Leitão. *Garantia das Obrigações*, 4° ed, Coimbra: Almedina, 2012, p. 250; Pestana de Vasconcelos. *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2011, p.247.

²¹⁰ Processo n°0786/2011 de 21 de setembro de 2011; Processo n°0654/12 de 27 de julho de 2012 e Processo n°0730/12 de 11 de julho de 2012. Disponível em www.dgsi.pt.

abordar a admissibilidade do penhor de créditos futuros dentro do ordenamento português. Concentrando-se em analisar diretamente a questão central dos autos e entender que em todos aqueles casos tratava-se de uma garantia idônea.

Ainda que nos casos em que o referido Tribunal entendeu, em casos semelhantes aos citados, pela idoneidade da garantia, as questões relacionadas à discussão dentro dos processos não foram relacionadas à admissibilidade ou não do penhor de créditos futuros em conformidade com o direito pátrio, mas, sim, com questões particulares, as garantias prestadas (num dos casos, um crédito litigioso e em outro um direito que já tinha sido ofertado em garantia de outro processo executivo).

Dessa forma, entendemos não existir motivos para que não seja aceito o crédito futuro como objeto de uma garantia pignoratícia. Nesse raciocínio, Pestana de Vasconcelos entendeu que a questão da admissibilidade do penhor de créditos futuros é paralela à cessão de créditos futuros. Sendo pacífica a licitude da cessão desse tipo de crédito.²¹¹ Imperioso destacar que, no penhor de crédito futuro no ordenamento jurídico de Portugal, quando nos referirmos ao objeto em questão – o crédito futuro - deve se ter em mente que estes ainda precisam ser certos, de forma a cumprir o disposto no artigo 666, n.º 1 do CC.

Entretanto, apesar de, conforme verificamos anteriormente, a legislação não proibir a constituição de uma garantia em cima de créditos futuros, pois nos parece ser permitido, partindo da premissa de que o que não se está proibido está permitido, até o presente momento nada foi concretamente regulamentado a respeito dessa garantia. Ou seja, se a referida garantia de penhor deverá conter alguns requisitos para a sua validade. Ao que nos parece, será aceitável a garantia pignoratícia nos mesmos moldes de um penhor de direitos de crédito, não se exigindo maiores requisitos para sua perfeitibilidade. Ainda, quanto a possibilidade do seu objeto ser um crédito futuro, igualmente não há oponibilidade maiores. Já que o próprio tribunal nas decisões acima indicadas nada se pronunciou a respeito, sendo esta aceitável juridicamente para assegurar uma obrigação.

²¹¹ VASCONCELOS, Miguel Pestana. *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 248.

11. 2. Ordenamento jurídico Espanhol

Diferentemente do que ocorre em Portugal, a Espanha tratou de inserir na sua legislação o instituto do penhor de crédito futuros no âmbito da *Ley Concursal*²¹² dentro da parte que trata sobre a declaração de credores no âmbito do direito das falências.

Referida norma foi tratada recentemente pela Lei 40/2015 de 01 de outubro, do *Regime Jurídico del Sector Publico* a qual reformou o artigo 90.1.6²¹³ da *Ley Concursal* com a finalidade de acabar com a insegurança jurídica que pairava sob as garantias de penhor de crédito futuro causadas pela antiga redação de 2011. Assim, o legislador tentou solucionar dúvidas geradas pelo texto antigo da Lei 38/2011²¹⁴, que reformou a época a *Ley Concursal* (tal redação foi classificada como defeituosa, pois gerou um intenso debate doutrinal e jurisprudencial em torno do penhor de crédito futuro, entretanto, a redação se referia ao penhor “em” garantia de créditos futuros). Questionava-se se deviam conceder certa diferença na falência quando esta vier a tratar de penhor de créditos ordinários (com desapossamento) e o penhor sem desapossamento, as formalidades para sua constituição e, por último, sobre quais créditos futuros poderiam recair tais garantias.

A confusão sobre a intenção da reforma pela Lei de 2011 causou algum furor na doutrina e, em algum caso jurisprudencial, eis que foi usada como argumento pelos administradores da falida para negar o privilégio dos créditos garantidos com penhor de crédito futuro para integrar a massa falida, visto que os créditos garantidos estavam incluídos junto aos demais créditos ordinários.

Oportuno salientar que o instituto do penhor de direitos não está previsto, tampouco regulamentado pelo Código Civil espanhol. Ainda que com certo receio, a admissibilidade de dar em penhor direitos de créditos, foi aceita progressivamente pela jurisprudência²¹⁵ em razão do seu valor patrimonial e, posteriormente, foi positivada na redação original da *Ley Concursal* Espanhola.

²¹² Lei que rege os processos de insolvência de todos os devedores (pessoa singular ou coletiva), a qual determina as funções referentes ao pagamento de dívidas, reembolso, acordos, processos de falência, concurso de credores, garantias, etc. Também pode ser chamada de Lei de Falências.

²¹³ Este artigo reconhece um privilégio especial no concurso dos créditos garantidos com penhor sobre créditos, entre outras formas de penhor.

²¹⁴ BOE 11 de outubro de 2011.

²¹⁵ Inicialmente tratado pela sentença do Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 1997 (RJ 1997/3429).

Inicialmente, o debate centrou-se nos requisitos formais dos penhores de crédito, ou seja, nos documentos que deveria se outorgar; ou na necessidade ou não de notificação do devedor como elemento principal. Entre muitas outras questões, foi levantada a de que de poucas vantagens que parecia ter o penhor sem desapossamento frente ao penhor ordinário (que também poderia recair sobre crédito futuro) é seu incremento de custos para sua inscrição e publicidade a terceiros, que seu uso ficou bastante limitado, a prática seguiu-se com maior frequência ao penhor ordinário de crédito.

Outro ponto que fora suscitado foi o de esclarecer as características dos créditos futuros que podiam ser suscetíveis de penhor, ou melhor, quais poderiam ser usados nos diversos cenários no concurso de credores. Este problema os tribunais vinham resolvendo por meio da aplicação de diferentes teses que se encontram na SJMer nº 1 de Alicante de 20 de julho de 2012²¹⁶

Dessa forma, a doutrina distinguiu três possibilidades: **a)** uma “*tesis de la inmunidad absoluta*”: o qual sustenta uma imunidade para todo o caso de penhor de crédito futuro no concurso. Assim, os créditos futuros nascem penhorados sempre que se cumpra o requisito primordial de que se encontre *Ex ante* determinados ou resultem determináveis. Essa tese se sustenta sob o argumento de que não existe distinção entre as diferentes modalidades de créditos futuros quando o próprio artigo 90 da LC não se preocupa em efetuar a referida distinção. Portanto, os créditos ao concurso de credores não distingue entre suas modalidades, se são créditos futuros ou não; **b)** a chamada “*tesis intermedia*” que, como veremos, é a que acabou se consolidando, que reconhece um privilégio somente dos créditos derivados de contratos celebrados antes do concurso, ainda que esse crédito nasça depois do concurso ou derivados de relações posteriores ao concurso. Isso se sustenta, pois devemos considerar que, enquanto o devedor pignoratício dispõe de plena e livre disponibilidade patrimonial, se transmitiu também a expectativa do penhor; e por fim **c)** a “*teses estricta*” considera que para o penhor de créditos futuros se oponível perante terceiros dentro do concurso do devedor, tem que se observar dois requisitos: primeiramente que o contrato da relação jurídica fonte do crédito seja prévia ao concurso, e segundo que o nascimento do crédito cedido em garantia tenha lugar com anterioridade à declaração judicial de insolvência. Ou seja, somente concede proteção aos direitos de créditos surgidos com anterioridade à decretação do concurso, de modo que

²¹⁶ Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Alicante núm.210/2012, de 20 de julio (AC/2012/1220).

as obrigações nascidas posteriormente, mesmo que advindas de relações já estabelecidas e penhoradas não estariam sujeitas ao penhor.²¹⁷

E foi nesse aspeto que as discussões doutrinária e jurisprudencial (quais os tipos de penhor de créditos, requisitos formais e alcance do penhor dos créditos futuros) que a Lei 38/2011 trouxe uma nova redação ao artigo 90.1.6 da *Ley Concursal*, com um conteúdo um tanto confuso quando se fala de penhor “em garantia de créditos futuros” e não de penhor “de créditos futuros”.

Em uma linha majoritária da doutrina, entendeu-se que se tratava de um erro na escrita legislativa e que a norma se referia a penhor “de créditos futuros” e não de penhor em garantia de um crédito futuro. Ou seja, cabe aqui destacar que este diz respeito a um penhor qualquer, podendo ser o penhor natural (comum) para garantir um crédito futuro; e aquele o objeto do presente trabalho que é dar em penhor um crédito futuro, ou seja, que o objeto que garantisse esse penhor não esteja ainda constituído, tratando-se de um crédito futuro.

Alguns autores, como Gregoraci Garcimartin y de Miguel consideravam que apesar do texto estar aparentemente errado, não seria possível corrigi-lo somente por meio de uma interpretação e, portanto, deveria ser interpretada como se a norma não existisse, permanecendo, assim, a lacuna legal referente ao alcance do penhor de créditos futuros. Esse breve antecedente é necessário para podermos falar sobre a reforma do artigo 90.1.6º da Ley Concursal operada pela LRJSP. Assim ficou o referido artigo na ordenação jurídico espanhola:

“6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurran los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.

²¹⁷ REDONDO APARÍCIO, Agustín- La reforma del régimen concursal de las prendas de créditos futuros de La Ley 40/2015, de 1 de Octubre. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, n. 42 (2016), p. 88.

b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.

c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.”²¹⁸

A reforma de 2015 reconheceu, portanto, de forma expressa a proteção concursal das garantias sobre créditos futuros, bem como pôs fim aos debates jurisprudencial e doutrinário ocasionados pela modificação de 2011, que trouxe demais interpretações que o texto da lei gostaria que tivesse. Uma das principais notas da reforma foi a correção do texto vigente, eliminando a referência de “penhor em garantia de créditos futuros”, o qual bem se pode ler e reconhecer que foi um claro erro da parte do legislador, meramente de caráter interpretativo ou bem, como uma mudança de objeto.

O objetivo da modificação parece inicialmente pouco relevante para os procedimentos futuros. Entretanto, onde poderiam surgir maiores problemas são os procedimentos já iniciados, visto que se entendeu que o texto de 2015 tinha o objetivo de esclarecer a referência do texto de 2011, o qual se tratava de “prendas de créditos futuros”, poderia deixar sem proteção aqueles penhores firmados antes da entrada em vigor da LRJSP. Tal interpretação presumiria, de fato, uma aplicação retroativa, mesmo que fosse contrária à normativa anterior. Ainda que com o apoio da maioria da doutrina, a qual entendia que esse era o conteúdo da própria lei e que, mesmo que mal expressada, talvez fora a real vontade do legislador, os argumentos contrários também mereciam importância.

É evidente que com a redação da lei anterior existiam graves problemas de interpretação que, sem dúvida, a atual corrigiu, sendo um dos mais importantes propósitos da modificação, senão a principal, acabar com a confusão vinda da norma anterior.

Outro ponto é a equiparação dos efeitos da “*prenda ordinária*” e da “*prenda sin desplazamiento*” em que a antiga forma estabelecia um privilégio especial para o penhor inscrito em registro público com anterioridade da declaração do concurso de credores. Com a nova redação dada pela LRJSP, não se distinguem mais os efeitos de preferência no concurso em um ou outro caso.

²¹⁸ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Última publicação em 02/10/2015 no BOE.

Ademais, o que mostra inicialmente o legislador dar preferência de uma forma a outra, em princípio, é a publicidade do registro como forma de proteção dos credores, preferência esta que é legítima frente a outros ordenamentos jurídicos onde existem certo incentivo económico para que esta garantia seja preferida. Mesmo que as partes de uma operação estejam interessadas em manter um custo de transação baixo, o custo do registro do penhor sem desapossamento não era um obstáculo. Ainda que o custo em si não fosse fator determinante na escolha da garantia (penhor ordinário ou sem desapossamento inscrito) o que realmente pesava era incluir mais um trâmite burocrático se não fosse vantajoso ou primordialmente exequíveis.²¹⁹

Entretanto, o que estava ocorrendo era que se eliminavam uma das opções de garantia em que as partes pudessem escolher a melhor forma, para que escolhessem por exclusão aquela que não precisasse constar de um registro público. O que não nos parece que com essa via estaria protegendo os interesses dos demais credores. Enquanto os supostos benefícios de uma prioridade da “prenda registral” frente à “ordinária”, entendemos ser conveniente deixar que as partes decidam e valorem o que melhor corresponda aos seus interesses, sem forçar sua escolha entre um ou outro tipo de garantia.

Foi adotada ainda, a chamada tese intermediária, a qual suscitamos anteriormente, em relação ao penhor de créditos futuros, existindo algumas teorias acerca de seu alcance: a) se requer ou não que as relações que geraram os direitos de crédito estão concluídos ou suficientemente identificado; b) se os direitos de crédito nascem antes ou depois da declaração do concurso de credores. A tese intermediária é aquela que define que os direitos de crédito nascem penhorados mesmo após a declaração da falência, se quando da constituição da garantia a obrigação que dá lugar ao crédito já estava constituída.^{220 221}

Por fim, ainda se esclareceu sobre os requisitos formais que deverá ter o penhor de crédito futuro. A regra geral para o penhor de bens e direitos consiste tanto num documento público que constitui a garantia, como o desapossamento da coisa em favor de um terceiro (esse é um requisito vigente desde a redação inicial da Lei Concursal em 2003 e visto em diversos ordenamentos jurídicos). A regra particular para o penhor de

²¹⁹ Opcit, p. 91. (aparicio)

²²⁰ opcit (apatricio) p 91.

²²¹ Corroborando a redação atual do texto em que: *“los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituídas com anterioridade a dicha declaracion.”*

crédito é que basta constar no documento uma data certa que esse crédito poderá ser gozado²²². Ao penhor de crédito futuro ficou determinado que a garantia seja constituída em documento público ou no caso de penhor sem desapossamento seja a garantia inscrita em registro público competente.^{223 224}

É evidente que o regime do penhor sem desapossamento apresenta importantes ineficiências, pois obriga a registrar os penhores nos registros de bens móveis, atrasando a eficácia das garantias até sua inscrição no registro geral. Adicione a isso o risco de que o registrador negue a inscrição de forma provisória ou definitiva. E, ainda, que constituir um financiamento garantido por um penhor sem desapossamento gera custos de inscrição que normalmente serão suportados pelos devedores pignoratícios, aumentando o custo de um possível financiamento caso a obrigação principal se trate de um financiamento econômico, por exemplo.

Com isso, o novo texto espanhol exclui a criticada frase final do art. 90.1.6, referindo-se ao penhor de crédito futuro e não em garantia de créditos futuro. Estabelece quais são os requisitos para a resistência ao concurso tanto desde o ponto de vista de seu âmbito material (tipos de crédito) como dos requisitos formais de constituição do penhor. E, ainda, estabelece as regras especiais para os créditos derivados de determinados contratos públicos.

Confirma-se, assim, de maneira clara, a resistência à contestação dos penhores de créditos futuros e seus requisitos de formalização. Embora se exija a outorga em documento público (e inscrição nos casos de sem desapossamento), esse requisito não parece excessivamente gravoso e está alinhado com a prática do mercado financeiro. Em contrapartida, amplia-se a liberdade para exigir os direitos de garantia que as partes queiram escolher sem favorecer um tipo de penhor ou outro. Uma decisão política legislativa em que os outros interesses em jogo, ou dos outros credores e o princípio da conservação da empresa, cujos interesses estão protegidos por outras normas que vai determinar este ou outro qualquer direito em garantia.

²²² Ainda que o artigo 1227 do Código Civil Espanhol estabeleça algumas formas para determinar a confiabilidade, o mais comum é o registro mediante algum ato notarial.

²²³ Opcit (apatricio) p. 91.

²²⁴ Adicionalmente, se o penhor de crédito futuro derivar de um contrato de concessão de obra ou gestão de serviço público, esses créditos terão que cumprir os requisitos da *Ley de contratos del Sector Publico*, em que somente poderá se penhorar em garantia de dívidas quando guardarem relação com a concessão do contato e estar previamente autorizada pelo órgão contratado com sua publicação em boletim oficial correspondente.

11.3. Ordenamento jurídico Italiano

A Itália conceitua o penhor no artigo 1878 do Código Civil em que “*la convenzione com la quale il debitore dà al creditore una cosa móbile per sicurezza del credito, da restituirsì em natura dopo la estinzione di questo*”²²⁵.

Nesse ordenamento, diferentemente de alguns, em que existe uma relevância para a constituição do penhor, a transmissão do objeto, e em razão disso, admite-se a tradição por meio da cláusula *constituti*, o ordenamento italiano para configurar a sua constituição tem como necessidade o abandono da posse pelo devedor.²²⁶

Todavia, o atual direito italiano reconhece a figura que renuncia esse desapossamento o qual foi denominado “*il pegno anômalo*”.²²⁷ O instituto, entretanto, não possui uma segurança satisfatória, eis que nos termos do art. 76 da Lei de Falências italiana o penhor e a hipoteca podem ser revogados no caso de falência do devedor quando constituídas em até dois anos anteriores da ocorrência da falência.²²⁸

De acordo com o princípio da especialidade típica dos direitos reais, o penhor, assim como a hipoteca e a anticrese, deve ter como objeto bens específicos

²²⁵ Tradução livre: “a convenção com a qual o devedor dá ao credor uma coisa móvel para garantia de crédito, a ser reembolsado na natureza após o término deste”

²²⁶ Art. 2.787 do CC/IT: “Il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa.” - O penhor é constituído pela entrega ao credor da coisa ou documento que confere a disponibilidade exclusiva da coisa (tradução livre).

²²⁷ GABRIELLI, Enrico. Il pegno “anômalo”. Padova: Cedam, 1990, p. 19: “a differenza di altri prodotti, richiede la conservazione in appositi locali presso l'impresa sotto la sorveglianza continua di personale specializzato e preclude in tal modo la consegna al creditore o al terzo che realizzi quell'impossamento che è coesistente alla natura reale del contratto di pegno.”

²²⁸ CANDELORO, Ana Paula Pinho. *Garantias reais no direito italiano*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 82, n. 695, p. 257-259, set. 1993. p. 258.

individualizados. Em consequência, o penhor sobre coisas gerais ou futuras é constituído apenas no momento em que estes surjam ou possam ser objeto de identificação.²²⁹

Como visto anteriormente, o penhor é criado para garantia da obrigação de um devedor ou de um terceiro para o devedor, regido pelos artigos 2784 ²³⁰ a 2807 do Código Civil, é um direito real de bens móveis ou de crédito, em que o crédito será adquirido por meio de acordo com o proprietário, em garantia do próprio crédito. E, ainda, o chamado penhor irregular sendo aquele que não recai em um bem definido. O objeto do penhor poderá ser bens móveis, a universalidade de móveis, créditos e outros referente a bens móveis. O penhor é uma causa legítima de preferência e pode ser classificada como um direito real de garantia. Nesse sentido, deve-se notar que o penhor é constituído com a entrega da coisa ou o documento que confere disponibilidade exclusiva.

O penhor de crédito futuro é um caso em que se enquadra nas garantias atípicas, visto que o legislador não prevê expressamente tal penhor. O penhor sobre o futuro possui como característica, o fato de ter, como objeto da relação de garantia, um ativo precisamente “futuro” e, dessa forma, ainda não existente.

A admissibilidade dessa figura jurídica tem sido duvidosa, vez que o legislador previu e regulamentou mais de um instituto sobre coisas futuras, mas nada disse a respeito do penhor. Entretanto, também deve-se considerar que não existe nenhuma proibição explícita a esse respeito, o que, dessa forma, pode-se argumentar no sentido de que, em razão de que podendo a preferência de coisa futura estar inserida no contrato, o qual são sujeitas as proibições específicas determinadas na lei ²³¹, existiria espaço para uma

²²⁹ Como ensina RUBINO, Domenico, Il pegno, in Trattato di diritto privato diretto da Vassalli, Torino, 1956 p. 208: “ci si trova in presenza di un unico contratto definitivo di pegno, che è valido ma per il momento ancora incompleto, e si completerà, e farà sorgere il diritto di pegno, solo quando, venuta ad esistenza la cosa, ne sarà fatta la consegna”- Você está na presença de um único contrato de promessa definitivo, que é válido, mas no momento ainda incompleto, e será completado, e dará origem ao direito de penhor, somente quando, tendo surgido a coisa, ele será feito a entrega. (Tradução livre)

²³⁰ O artigo 2784 traz o conceito do penhor no Código Civil italiano: “Il pegno è costituito a garanzia dell'obbligazione dal debitore o da un terzo per il debitore. Possono essere dati in pegno i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili.” - O penhor destina-se a garantir a obrigação do devedor ou de terceiros perante o devedor. Os bens móveis, a universalidade de móveis, créditos e outros direitos relativos a bens móveis podem ser prometidos. (Tradução livre)

²³¹ Como o contido no artigo 1348 do Código Civil italiano: “Cose future: La prestazione di cose future (820,1472, 2823) può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge (179, 458, 771).”- A provisão de coisas futuras (820.1472, 2823) pode ser deduzida no contrato, sujeita às proibições específicas da lei (179, 458, 771). (tradução livre)

consideração em concreto que examinasse o caminho para incluir o penhor futuro. Tendo em vista o silêncio do legislador e com a compatibilidade com o regime jurídico do negócio de coisa futura e com as características essenciais do penhor como a figura tipificada na legislação.

Em razão dessas considerações, surgiram argumentos apresentados em apoio à figura do penhor de futuro em duas teses opostas.

A primeira, a tese contrária ao penhor de coisa futura, que propõe a inadmissibilidade de tal penhor e, com isso, a nulidade do contrato, destaca as características que não estariam presentes para a constituição da garantia, qual sejam: a realidade; a inerência (do penhor do bem); a determinação (do objeto do contrato de penhor); a possibilidade de proceder a desapropriação imediata do devedor (em razão da inexistência do bem oferecido em garantia).

Em relação à desapropriação, a doutrina afirma que é, na verdade, um termo impróprio, dado que o devedor ou terceiro concedente não perde a posse da coisa, mas somente a sua disponibilidade material.²³² Quanto à compatibilidade com o regime do negócio de coisa futura, firmando uma ótica de inadmissibilidade de tal penhor, pode-se afirmar que isso é impossível, pois o negócio teria, imediatamente, efeitos puramente obrigatórios (e reais) postergados.

A segunda tese, em favor do penhor de coisa futura, ao contrário da outra abordagem, sustenta que o penhor sobre o futuro é possível com a consequente validade do contrato firmado. Essa tese, atualmente prevalecente, derrota os argumentos apontados anteriormente, basta pensar quanto ao “desapossamento”, visto que isso, também como o material, pode ser jurídico. Tendo em vista que a configuração de um penhor sobre o futuro, a natureza jurídica continua a ser definida. A esse respeito, a doutrina trouxe três soluções diferentes: i) a constituição do penhor futuro seria um contrato preliminar, e o definitivo, com a entrega da coisa (no momento que ela existisse); ii) o contrato seria “ab origine”, definitivo e de natureza consensual, uma vez que é aperfeiçoado com o consentimento das partes; e iii) o contrato estipulado (contrato de penhor referente ao futuro) tem efeito imediatamente obrigatório, a situação do efeito real é postergado para

²³² BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile, Le garanzie reali e la prescrizione, Vol. VII, Ed. Giuffrè, p. 192.

o momento da existência da “res”, momento esse que dá espaço para a desapropriação do devedor.²³³

Nota-se que, antes de a coisa vir a existir, o credor não terá garantia, portanto, seu crédito (em que o devedor prometeu a coisa “futura”) não será auxiliado por nenhuma causa legítima de preferência. Tal argumento já foi confirmado pela Suprema Corte²³⁴ que, ao admitir a validade da constituição de um penhor de coisa futura, colocou um ponto firme na questão. Em suma, a Corte endossou a *tesi della fattispecie a formazione progressiva* em que consiste num acordo entre as partes com efeito obrigatório e a perfeição do advento da coisa e entrega no mesmo credor (operando, nesse caso, que a garantia do penhor só é aperfeiçoada com a entrega da coisa). Logo, conforme a disposição do art. 2787 do Código Civil italiano, a restrição será considerada como tendo sido estabelecida com a entrega à penhora da coisa que veio a existir e a desapropriação relacionada com o devedor.

De outro lado, o chamado penhor sem desapossamento (*pegno senza spossessamento*), não podemos deixar de considerar que, nas recentes intervenções regulatórias, um novo tipo de penhor é configurável no ordenamento italiano sem o desapossamento, como uma garantia real não possessória. Nesse caso, trata-se de um contrato que as pessoas relacionadas podem constituir uma garantia sobre ativos destinados ao exercício de uma empresa sem desapossamento, para garantir crédito

²³³ GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Edizioni Scientifiche Italiane. 2011, 15ª ed. p.663.

²³⁴ Conforme Corte di Cassazione. civ., 1ª sezione, 26 março 2010, n° 7257, que esclareceu: “il pegno di cosa futura rappresenta una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo delle parti (in base al quale vanno determinate la certezza della data e la sufficiente specificazione del credito garantito), avente meri effetti obbligatori, e si perfeziona con la venuta ad esistenza della cosa e con la consegna di essa al creditore. In tale fattispecie la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso (oltre che nella venuta ad esistenza della cosa) nella consegna di questa al creditore, ovvero a un terzo designato dalle parti, come espressamente prevede l'art. 2786 comma 2 c.c.” - o penhor do futuro representa um caso de formação progressiva que se origina do acordo das partes (com base no qual a certeza da data e a especificação suficiente do crédito garantido deve ser determinada), tendo meros efeitos obrigatórios, e é concluída com a vinda à existência da coisa e com a entrega dela ao credor. Nesse caso, a vontade das partes já é perfeita no momento em que tanto o crédito a ser garantido como o penhor a ser oferecido em garantia são determinados no acordo, enquanto o elemento que deve ocorrer no futuro, para a conclusão do caso, é meramente material, consistindo nele (além da existência da coisa) na entrega deste ao credor, ou a um terceiro designado pelas partes, como expressamente disposto pelo art. 2786 parágrafo 2 do Código civil (tradução livre)

inerente ao exercício da atividade empresarial. Tal penhor é constituído por meio da celebração de um contrato acordado entre as partes, que torna possível frente a terceiros por meio do cadastro nos registros públicos.

Ademais, a Corte di Cassazione²³⁵ entendeu que o penhor de crédito para a compra e entrega de títulos ainda não emitidos possui natureza de um futuro penhor de crédito, até a entrega ocorrer “ha effetti obbligatori e non attribuisce prelazione, che sorge solo dopo la specificazione della consegna”²³⁶. E, ainda, nos títulos do governo que estão em “materialização”, devem ser considerados como inexistentes até que o documento que os incorpora seja formado e, portanto, até que a identificação seja feita, não pode haver preferência.²³⁷

A dúvida, evidentemente, surge se o futuro, relativo ao crédito garantido, é um obstáculo ao cumprimento dos princípios que regem a questão das garantias reais. De fato, a determinabilidade necessária dos empréstimos garantidos representa um limite criado no interesse geral para proteger a liberdade de propriedade, e terceiros compradores do bem prometido, permitindo deduzir elementos objetivos referentes à extensão da restrição sobre o bem.²³⁸ Há, ainda, disposições de natureza mais geral que obrigam a parte contratante a celebrar contratos cujo objeto é possível, lícito, determinado ou, pelo menos, determinável.²³⁹

²³⁵ Corte di Cassazione, Sezioni Unite – Sentenza 2 ottobre 2012, n° 16725.

²³⁶ Tradução livre: “em efeitos obrigatórios e não atribui preferência, que surge somente após a especificação da entrega”.

²³⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite – Sentenza 2 ottobre 2012, n 16725: “*fino a quando non viene formato il documento che li incorpora e pertanto, fino a che non viene effettuata l’individuazione non può sussistere la prelazione*”

²³⁸ MARANO P., *Pegno bancario*, cit., p. 125. “stabilito nel generale interesse alla tutela della libertà della proprietà in modo da tutelare i terzi acquirenti del bene dato in pegno consentendo loro di desu- mere da elementi oggettivi l’entità del vincolo che grava sul bene”.

²³⁹ Artigo 1346 do CC/IT.

Entretanto, a doutrina²⁴⁰ e a jurisprudência²⁴¹ concorrem com um penhor referente a crédito futuro como admissível, se já não fosse por reconhecer na hipoteca²⁴² com o artigo 28522 CC/IT, em que o legislador dispõe favoravelmente nesse sentido. Portanto, não haveriam razões para excluir que o mesmo mecanismo não se possa operar também na esfera móvel.

De outro lado, os maiores problemas surgem quando os requisitos que a cláusula dele apresentar para estabelecer quais os créditos mencionados devem ser estabelecidos.

Em última análise, a validade do penhor futuro não pode ser descartada, no entanto, é necessário ter ao menos a indicação de certos métodos e critérios para prosseguir com a identificação do objeto.

Por fim, é necessário um último ponto de referência sobre a legislação da UE referente às garantias financeiras. O artigo 2 da Directiva nº 47/2002/CE ²⁴³ do Parlamento Europeu e Conselho trata das definições e estabelece que as obrigações financeira garantidas podem consistir também em “obrigações presentes e futuras, efetivas ou condicionais ou potenciais” (inclusive aquelas decorrentes de um contrato análogo). E, ainda, o artigo 1, alínea “o” do Decreto Legislativo 170/2004 que prece a extensão do âmbito de aplicação objeto da lei a “obbligazioni, anche con- dizionali ovvero

²⁴⁰ ANGELICI C., *Le garanzie bancarie*, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, vol. XII, Torino, 1985, p. 1036.

²⁴¹ Corte di Cassazione civile sentenza 5 marzo 1953, n. 519, in Giustizia civile, 1953.

²⁴² A regra estabelece que a hipoteca se classifica a partir do momento do seu registro, mesmo que esteja registrada para um crédito condicional. Também é aplicada nos casos de créditos que possam surgir em razão de uma obrigação já existente. É verdade que uma norma desse gênero não é prevista em matéria de penhor, porém, como foi corretamente observado, “a aplicação análoga desta provisão ao penhor de créditos justifica, além disso, em consideração da repetição da mesma necessidade de evitar a restrição da propriedade privada para proteger meramente eventuais interesses” (tradução livre) BIANCA C. M., *Diritto Civile*, 7, cit., p. 153.

Nesse mesmo sentido, foi expressa a Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 25 de marzo 2009, nº 7214, in Contratti, 2009, p. 711, com o qual é admissível a constituição de uma garantia a favor de créditos condicionados ou aqueles que eventualmente possam surgir em virtude de uma obrigação já existente, sem prejuízo de que a simples determinabilidade da obrigação acarretaria numa inegibilidade do penhor a outros credores na ausência de indicação suficiente do crédito garantido.

²⁴³ f) «Obrigações financeiras cobertas», as obrigações que são garantidas por um acordo de garantia financeira e que dão direito a uma liquidação em numerário e/ou à entrega de instrumentos financeiros. Essas obrigações podem consistir total ou parcialmente em: i) obrigações presentes ou com prazo certo, efetivas, condicionais ou futuras, incluindo as obrigações decorrentes de um acordo principal ou de um instrumento semelhante.

future, al pagamento di una somma di denaro ovvero alla consegna di strumenti finanziari, anche qualora il debitore sia persona diversa dal datore del la garanzia”.²⁴⁴

Os dois textos se referem a obrigações condicionais e futuras, de modo que se pode afirmar um reconhecimento positivo da figura do penhor futuro. No entanto, as disposições devem ser interpretadas no sentido de que os créditos sejam, em qualquer caso, determinados ou determináveis, vez que é necessário a descrição dos principais detalhes no contrato base da garantia.

Isto posto, a legislação nacional italiana não difere da legislação da União Europeia, em que na presença de determinadas condições, tanto o penhor futuro quanto a garantia de créditos que ainda não tenham surgidos são considerados admissíveis.

11.4. Ordenamento jurídico Brasileiro

O penhor de direitos é expressamente previsto no artigo 1.451 do CC/BR ²⁴⁵ que determinada que tais direitos sejam suscetíveis de cessão²⁴⁶. Saliente-se que a equiparação legal dos direitos pessoais de cunho patrimonial a bens móveis possibilita que qualquer crédito ordinário possa ser objeto de penhor.²⁴⁷ Com isso, o Código Civil

²⁴⁴ “obrigações, também condicionadas ou futuras, para o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de instrumentos financeiros, mesmo que o devedor seja pessoa que não seja garantidora”. (tradução livre)

²⁴⁵ Art. 1.451 CC/BR: “Podem ser objetos de penhor de direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis.”

²⁴⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.168. Ao definir a cessão como um negócio jurídico bilateral de transmissão de crédito, descreve que “Todo crédito, em princípio, é edível, salvo se o próprio negócio jurídico o proibir, por convenção das partes, ou se a lei estabelecer vedação, ou se a natureza da obrigação obsta-lo. (...) também podem ser cedidos os créditos futuros, que ainda não foram determinados ou cuja constituição depende de evento futuro.”

²⁴⁷ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 21.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Elucida que o penhor não recai apenas em coisas, mas também em direitos: “Ao lado dos bens móveis corpóreos, podem ser gravados com o ônus pignoratício os bens incorpóreos, a se aceitar essa classificação dos bens” p. 364. Complementa que o Código Civil de 1916 não apresenta o penhor de crédito *stricto sensu*, porém regulamenta a caução de títulos de crédito. A omissão gerou incertezas, sobressaindo a opinião de que implicitamente o penhor de crédito fora admitido, p. 365.

Da mesma forma, WALD, Arnoldo. *Direitos reais*. 10^a ed. São Paulo: RT, 1995. pp. 230-232 descreve que: “O penhor de direitos abrange o de títulos de créditos, públicos ou particulares, o

disciplina o penhor sobre direitos, direitos sobre coisa móveis e suscetíveis de serem cedidos.²⁴⁸

Portanto, são objeto de penhor todos os direitos sobre coisas móveis, suscetíveis de cessão, conforme o atual diploma, o qual segue a tendência dos outros códigos civis modernos, a determinar um campo amplo, para objetos móveis ou direitos considerados assim passíveis de serem dados em garantia do penhor.²⁴⁹ O penhor de direitos constitui-se do mesmo modo que outros penhores, comum ou especial, ou seja, através instrumento público ou particular, e como todos os demais, com um contrato formal.²⁵⁰

O documento deverá conter, conforme previsto nas disposições legais referentes os direitos reais de garantia, o valor da obrigação garantida, os juros, se houver, e o bem dado em garantia, ou seja, se o direito suscetível de cessão sobre coisa móvel, discriminado com precisão e clareza. Com a finalidade de produzir efeitos contra todos, o contrato do penhor deverá ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Ademais, a lei dispõe, ainda, que o titular do direito deverá entregar ao credor pignoratício os documentos que comprovem esse direito, nesse caso, não estamos a falar de tradição, pois esse só acontece com coisa corpórea, mas sim de um documento indispensável para comprar o direito penhorado.²⁵¹

de créditos ou direitos obrigacionais e o de direitos reais. (...) os direitos obrigacionais ou de créditos podem, por sua vez, ser objeto de penhor. Assim, o crédito do locador contra o locatário referente aos aluguéis, que deve receber, e o do vendedor contra o comprador referente às prestações do preço da venda de determinado objeto, são empenháveis, ou seja, suscetíveis de serem dados em penhor. Tudo que pode ser cedido e que representa valor econômico é sujeito ao penhor. As dúvidas anteriormente suscitadas nesta matéria não perduram depois que a própria lei reconheceu que os créditos podem ser objeto de penhor (Decreto 24.778). Discutiu-se a natureza do penhor de direito de crédito, reconhecendo a melhor doutrina que se trata de direito real, embora exercido em relação ao direito de crédito”.

²⁴⁸ Cessão entendida, na sua forma mais abrangente, como a transferência voluntária e direta de um direito. Em regra, todos os direitos podem ser cedidos. Com exceção dos direitos personalíssimos ou para os casos de proibição legal, como os direitos a alimentos ou direito de preferência, como cláusula especial à compra e venda. (art. 520 do CC/BR).

²⁴⁹ Como visto, o Código Civil italiano, entre bens passíveis de serem empenhados, incluiu a universalidade de móveis, os créditos e outros direitos; o Código Civil português, em seu art. 666, possibilita ao credor o direito à satisfação do seu crédito pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca.

²⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, IV, p. 229 nesse entendimento que “traço distintivo do penhor é sua incidência em coisa móvel, singular ou coletiva, corpórea ou incorpórea, de existência atual ou futura”

²⁵¹ Oportuno aqui fazer uma pequena distinção que o Código Civil traz entre o penhor de crédito *stricto sensu* do penhor de título de crédito. Os dois, sem dúvida, recaem sobre os direitos

Dessa maneira, uma vez que restam cumpridas as determinações legais para a constituição e o aperfeiçoamento da garantia, não existiriam riscos relativos à natureza do negócio jurídico celebrado entre as partes, visto que o contrato de penhor é largamente regulado pelo Código Civil e permitido na prática.

Ainda, o Código Civil traz uma diversidade de disposições aplicáveis ao penhor que buscam proteger o credor pignoratício da deterioração do patrimônio do devedor que possa aumentar as chances de inadimplemento. Nesse seguimento, o disposto no artigo 1.425 do Código Civil ²⁵² exerce uma função parecida com as das cláusulas de *covenants* ²⁵³, ao assegurar mecanismos que autorizem o vencimento antecipado da dívida caso haja

creditórios e estão sujeitos a princípios comuns, entretanto, a natureza do título de crédito é totalmente distinta do crédito em si, basta lembrar que o crédito é transmissível mediante cessão, enquanto o título, em razão de sua circulabilidade, é transferível por meio do endosso, quando nominal ou por meio da simples entrega, quando ao portador. Então, entendemos que a disposição se refere ao penhor de crédito em *strico sensu*, e não ao penhor de título de crédito. Também não se trata de penhor de títulos de valor, pois, supostamente, a pessoa que emite o título-valor não é devedora de seu valor de face.

²⁵² Art. 1.425. “A dívida considera-se vencida: I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir; II - se o devedor cair em insolvência ou falir; III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que, deste modo, achar-se estipulado o pagamento. Nessete caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata; IV - se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído; V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.”

²⁵³ Sobre Cláusulas de Conventant, PERIN E GLITZ (2015, p. 1377) as definem como "uma cláusula pactuada entre o agente financiador e o tomador de crédito, de modo a se resguardar o credor em situações de possível inadimplemento ou de eventuais modificações estruturais por parte da tomadora dos recursos". BORGES (1999, p. 13) ainda complementa como “um sistema de garantia indireta, próprio de financiamentos, representado por um conjunto de obrigações contratuais acessórias, positivas ou negativas, objetivando o pagamento da dívida”. O autor explica, ainda, que tais cláusulas se equiparam às obrigações de fazer e não fazer, dispostas no Código Civil como obrigações civis ou comerciais acessórias. Dessa forma, as obrigações de fazer se relacionariam às práticas de gestão indispensáveis para a empresa, como: manter a escrituração atualizada, fornecer cópias de movimentações financeiras auditadas, prestar informações de fatos relevantes, etc. Já as obrigações de não fazer são restrições impostas aos administradores, como: não assumir ou garantir obrigações de terceiros, não permitir privilégios ou contrair mais empréstimos ou dívidas. Mais uma relevante importância dos *covenants* nas operações de crédito, é a redução dos conflitos de interesse entre o credor e o devedor. BEIRUTH (2015, p. 28) reforça essa importância dizendo que "*covenants* são utilizados como meios de proteção por parte dos credores a fim de reduzir os conflitos existentes entre empresas e credores, e, com isso, garantir a realização de um maior número de transações no mercado financeiro". Portanto, é possível concluir que são importantes redutores de riscos de crédito nas operações, eis que estabelecem limites às atividades da empresa, barrando o uso inadequado de seus bens. Todavia, podem assegurar direitos, mas não tem caráter de garantia. Algumas dessas cláusulas foram aprofundadas por JOANA PEREIRA DIAS, “Contributo para o Estudo dos Actuais Paradigmas das Cláusulas de Garantia e/ou Segurança: a *Pari Passu*, a *Negative Pledge* e a *Cross Default*”,

uma diminuição da eficácia da garantia e, conseqüentemente, um aumento do risco de incumprimento. Importante ressaltar que não existe necessidade quanto à natureza e atividade das partes, ou mesmo possíveis restrições à realização do contrato de penhor para partes estrangeiras.

Quanto à possibilidade de gravar com ônus real bem futuro, diversamente do que ocorre com o Código Civil, foi a Lei 4.728/65, a qual instituiu a alienação fiduciária, que foi a primeira a permitir que o contrato de alienação fiduciária tivesse por objeto uma coisa ainda não pertencente ao devedor.²⁵⁴

Todavia, o atual Código Civil permite que a hipoteca possa ser constituída a fim de garantir dívida futura ou condicionada, desde que se determine um valor máximo do crédito a ser garantido.²⁵⁵ E na parte que toca o penhor, que poderá ser dado em garantia de penhor coisa móvel suscetível de alienação,²⁵⁶ entretanto, nada fala sobre a possibilidade de oferecer em garantia coisa futura, ainda não pertencente à esfera patrimonial do devedor. Em contrapartida, o Código Civil anterior, de 1916, no seu artigo 825, autorizava que os navios em construção pudessem ser objeto de hipoteca. O que o legislador omitiu no atual diploma.

Diante dessa ausência de regulamentação, não há qualquer impedimento em estender analogicamente o contido no antigo Código Civil de 1916, que era apenas aplicável aos navios em construção para os demais bens futuros. Com isso, não vislumbramos maiores impossibilidades de constituir qualquer obrigação constituindo um bem em garantia, seja ele presente ou futuro. Visto que essa concessão possibilitará

Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, v.IV, Novos Estudos de Direito Privado: Coimbra, 2003, p. 889 e ss.

²⁵⁴ No seu revogado artigo 66, §2º, dispunha que: “Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário deste se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.”

²⁵⁵ Artigo 1.487: “A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.”

²⁵⁶ Artigo 1.431: “Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.”

maior quantidade de negócio jurídico concretizado, tendo em vista a decorrente facilitação ao crédito.²⁵⁷

Há, ainda, algumas situações em que a empresa incorporadora solicita financiamento junto a uma instituição financeira e oferece em garantia apartamentos que vai construir o montante adquirido. Nesses casos, os Tribunais tem se posicionado no sentido de que a garantia firmada entre a construtora e o agente financeiro não tem efeito frente aos adquirentes do imóvel.²⁵⁸ Assim foi o entendimento do Tribunal Superior após o fato ocorrido com a Incorporadora Encol em que acordou com os adquirentes das futuras unidades contratos que autorizavam a empresa a hipotecar a unidade imobiliária adquirida. Naquele momento, a incorporadora usou dos recursos resultantes da venda das unidades para quitar outras dívidas, as quais não tinham relação com a real construção do imóvel garantido. Com isso, em razão da hipossuficiência dos compradores, que não tinham conhecimento do risco que corriam ao consentir com o mencionado contrato, o Tribunal afastou a possibilidade de a garantia estabelecida entre a incorporado e a instituição financeira de se ampliar aos futuros adquirentes das unidades individuais.²⁵⁹

Embora possamos considerar relevante a situação mencionada, assim como avaliarmos acertado o posicionamento do Tribunal, ainda podemos abordar a possibilidade de o adquirente de unidade autônoma de uma obra ainda em construção ou até em planta arquitetônica de realizar um contrato de empréstimo com a instituição financeira, dando em garantia a própria unidade que está comprando. Partindo dessa possibilidade, a parte que não seja proprietária de outro bem passível de garantir uma obrigação principal, possa adquirir a unidade oferecendo como garantia ela mesma.

²⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6ª ed. Lumen Juris, 2009, p. 588 afirmam que: “até mesmo no que tange à existência atual do bem dado em garantia, é razoável e lícito supor que a garantia poderá recair sobre bens futuros. Se o proprietário der em hipoteca o terreno, qualquer construção desenvolvida posteriormente por ela será abrangida, como consequência de uma relação de acessoriedade. É comum essa prática na edificação de prédios de apartamentos (art. 1.488 do Código Civil)”. Neste mesmo sentido entende, VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: Direitos Reais*. Vol. V, 4ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, com a ressalva de que o bem já esteja em construção, e não apenas na fase de projeto, caso diverso, não existe objeto.

²⁵⁸ Questão essa que foi consolidada perante o tribunal na Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça, o qual firmou que: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

²⁵⁹ REsp nº 1432693 / SP (2013/0165651-1).

A insegurança que pode surgir quando se oferece um bem futuro, como é a de que, por exemplo, finalizada a construção se verificar que o imóvel oferecido em garantia não respeitou o projeto apresentado ao credor e quais prejuízos este poderia ter. Ou, ainda, passando a existir no mundo real, o bem garantido não possui o mesmo valor que aquele esperado pelo credor pignoratício.

Nesses casos, destacamos que um dos requisitos dos direitos reais em garantia é a especificação do bem. Como dito anteriormente, o bem oferecido em garantia deve ser específico e determinável a fim de evitar futuros desacertos ou dúvidas referentes ao bem gravado. A coisa, quando adequadamente especificada, gera segurança ao credor para que, em um possível momento de execução, ou até mesmo frente a um desacordo com o direito de garantia sobre outro bem semelhante, as dúvidas não sejam levantadas.

Caso após a constituição do bem dado em garantia verificar alguma distorção entre o que foi especificado e o que foi efetivamente constituído, não haverá prejuízos ao credor visto que atende àquela o direito de exigir o vencimento antecipado da dívida, conforme estabelece o artigo 1.425 do Código Civil.²⁶⁰ Dessa forma, no caso de dar em garantia coisa futura, entendemos que a insegurança em razão de não atender às expectativas, ou ainda, ser insuficiente ou inexistir, quando da sua constituição está sanado.

Com respeito ao doutrinador VENOSA, discordamos do seu entendimento de que para se dar em garantia bem futuro é necessário que este, ao menos, já se tenha indicado, sob pena de não haver objeto da garantia da obrigação. Desse modo, é perfeitamente possível dar em garantia bem futuro, ainda inexistente no plano real, se não houver prejuízo entre as partes. Não obstante a referida possibilidade, em princípio, parecer ilógico com a própria denominação “direitos reais”, que faz menção a uma coisa já existente, real, se as partes assim concordarem não há óbices para a celebração do contrato. E, ainda, aplicando o disposto do mencionado artigo 1.425 CC/BR, não há prejuízo para o credor que terá seu crédito protegido utilizando-se de segurança jurídica.

²⁶⁰ Art. 1.425 CC/BR: “A dívida considera-se vencida: I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir; II - se o devedor cair em insolvência ou falir; III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Nesse caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata; IV - se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído; V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.”.

No que se refere ao registro do bem, ainda não existente, ser dado em garantia, entendemos que a fim de viabilizar referida situação que trata benefícios as partes, a lei deverá se adequar a fim de proporcionar que uma garantia desse porte seja registrada junto aos órgãos competentes. Ademais, no que se refere à constituição de penhor de direitos, o diploma é claro ao descrever que será objeto de penhor de direitos, “aqueles suscetíveis de cessão”. Ao passo que em nada se proibiu quanto ao bem ser futuro ou não. O mesmo diploma legal, na parte que trata dos direitos das obrigações, dos contratos em geral, no seu artigo 458²⁶¹ tratou por se dizer como contrato aleatório, aquele que diz respeito a coisas ou fatos futuros, o que nos dá a compreensão de que o ordenamento jurídico brasileiro não põe impedimentos em negócios jurídicos que tem por objeto coisas ou fatos futuros.

Ainda, entre as demais formas de penhor elencadas no Código Civil, o diploma trouxe o caso do penhor agrícola, contido artigo 1.442²⁶², em que no seu inciso II possibilitou a contrição sobre *colheita pendente, ou em vias de formação*. Quando o legislador tratou dos princípios inerentes aos direitos reais, tratou também da inerência pela qual o direito real se liga a determinada coisa, emanando para todas as demais dessa natureza de direitos. Ou seja, ao possibilitar a contratação de um penhor sobre “colheita pendente, ou em vias de formação”, parece igualmente permitir a constituição de um direito real sobre coisa inexistente.²⁶³

A legislação aceita a constituição do penhor rural sem a verdadeira transição da coisa, sendo entregue apenas uma posse indireta ao credor pela cláusula *constituti*.²⁶⁴ O

²⁶¹ Artigo 458 CC/BR: “Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.”

²⁶² Artigo 1.442: “Podem ser objeto de penhor: I - máquinas e instrumentos de agricultura; II - colheitas pendentes, ou em via de formação; (...)”

²⁶³ A consequência mais absurda dessa possibilidade de penhor está na previsão do artigo 17 do Decreto-Lei 167/1967, que tratou o garante da obrigação de penhor como depositário fiel da garantia. Com isso, o depósito é a forma contratual para aquele que possui o dever de guarda, o qual tem uma responsabilidade agravada, tendo como última consequência a prisão. Por sorte, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

²⁶⁴ Cláusula *constituti* é uma expressão latina usada como garantia contra a possibilidade de o vendedor continuar no imóvel, em razão de algum desentendimento, mesmo após tendo transferido escrituralmente.

que leva a entender que, quando firmado um contrato de penhor sobre coisa que ao tempo de sua constituição não existia, origina-se, a bem da verdade, uma obrigação de constituir o objeto, com cunhos obrigacionais e não reais. Nesse caso, teria a utilização do art. 1.420, § 1º, que cuida da propriedade superveniente, em que se a teoria geral dos direitos reais só admite existir um direito real de garantia se constituído por quem seja dono e capaz de alienar, é de se reconhecer que não existe direito de propriedade enquanto não existir a coisa. A partir do momento que a coisa passa a existir, poderá haver propriedade, diga-se superveniente e, por decorrência, passará a existir a garantia do penhor, convalidando desde a sua constituição.²⁶⁵

Entretanto, caso não venha a existir, alguns efeitos do direito real de garantia se disseminarão. Ou seja, se numa obrigação em que o devedor ou terceiro tenha que fazer com o que o objeto exista, e ele não se constituir, estaríamos perante um inadimplemento da obrigação. Assim, o art. 14 da Lei. 8929/1994, que regulamenta a Cédula de Produto Rural, determinou que “poderá ser considerada vencida na hipótese de inadimplemento de qualquer das obrigações do emitente.”²⁶⁶ Caso em que ocasionaria o vencimento antecipado da garantia a que estava obrigado o devedor constituir, caso não venha a existir, em analogia ao disposto no art. 67 do Decreto Lei 167/1967²⁶⁷, sendo inexcusável alegar que não existe uma obrigação pelo fato de não estar expresso e não existir momento para o seu cumprimento, pois se refere a uma obrigação legal em consonância com a natureza do negócio jurídico.

Igualmente, não merece prosperar a alegação de que, como não existe afetação da possível safra seguinte, a garantia estaria mantida. Eis que uma coisa é a garantia e outra a obrigação e, caso a garantia se mantiver para o cumprimento da obrigação, esta já será exigível.

²⁶⁵ MAMEDE, Gladiston. Código Civil Comentado: direito das coisas, penhor, hipoteca, anticreses, artigos 1.419 a 1.510. v.14. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, p. 207.

²⁶⁶ No mesmo sentido ao artigo 11 do Decreto Lei nº 167/1967: “Importa vencimento de cédula de crédito rural independentemente de aviso ou interpelação judicial ou extrajudicial, a inadimplência de qualquer obrigação convencional ou legal do emitente do título ou, sendo o caso, do terceiro prestatante da garantia real.”

²⁶⁷ Art 67. “Nos financiamentos pecuários, poderá ser convencionado que o emitente se obriga a não vender, sem autorização por escrito do credor, durante a vigência do título, crias fêmeas ou vacas aptas à procriação, assistindo ao credor, na hipótese de não observância dessas condições, o direito de dar por vencida a cédula e exigir o total da dívida dela resultante, independentemente de aviso extrajudicial ou interpelação judicial.”

De todo modo, possibilitar constituir uma garantia pignoratícia, e ainda hipotecária sobre bens futuros oportunizará a celebração de mais negócios jurídicos em que o objeto se resume nessa situação. Ou seja, pessoas que não poderiam estar em algum polo da relação jurídica, por não ter bens passíveis de serem gravados com ônus real, dessa forma, poderão fazê-lo em razão da facilidade de financiamentos, a qual a garantia é necessária. Significa, então, um meio extremamente benéfico à sociedade, visto que possibilita o acesso de inúmeras pessoas ao crédito, bem como possibilita a circulação de riquezas, fomentando o mercado como um todo.

12. Da Cessão de Crédito Futuro e do Penhor de Crédito Futuro

Ainda, não podemos deixar de fazer um paralelo entre o penhor de créditos e a cessão de créditos.²⁶⁸

Inicialmente, no que se refere à admissibilidade de ceder créditos futuros, há diversos e divergentes entendimentos na doutrina. Pontes de Miranda aceita a cessão de créditos futuros, salientando que apenas deve exigir a perfeita caracterização do que se está a ceder, ou seja, que com o nascimento do crédito, tenha-se conhecimento certo de qual crédito será cedido.²⁶⁹ Igualmente, Ennecerus entende a admissibilidade da cessão de créditos futuros, como também de um crédito que venha a ser adquirido pelo cedente apenas futuramente, todavia observa que a transmissão, nesses casos, só ocorre no momento em que o crédito surja em favor do cedente. Considera, ainda, que os requisitos de conclusão do negócio, como a capacidade das partes contratantes, tem que existir no

²⁶⁸ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, vol. II, 7ªed. Almedina: Coimbra, 1997, p. 545 em que entende que na cessão de créditos o negócio provoca efeito imediatamente entre as partes (cedente e cessionário) e a terceiros, e sua efetividade com o devedor fica dependente da sua notificação ou da ciência do ato por parte deste. Referente ao penhor de direitos, considera que, inicialmente, somente com a notificação do devedor se deve declarar consumada a advertência deste da existência do penhor e a publicidade do ato frente a terceiros. A legislação prevê duas exceções referentes a esta regra de que o penhor somente pode ter eficácia após a notificação do devedor, referindo-se no caso de penhor suscetível de registro, no qual este produz efeitos imediatamente da data do registro e nas situações as quais o credor dispõe que é do conhecimento do devedor a existência da garantia do penhor e, nesse caso não é essencial a notificação do devedor para que surja a eficácia do penhor, suprimindo a ciência do devedor dessa falta de notificação.

²⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXIII*, 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 275.

momento da conclusão, porém os demais requisitos, se os efeitos remetem a um momento posterior, só ocorrerão no tempo em que se deve produzir o efeito. Não é admissível transmitir a entrega de uma coisa futura, pois esta é um requisito da conclusão do negócio, contudo é possível ceder um crédito futuro, visto que o contrato de cessão é concluído unicamente por meio da declaração da vontade das partes, e a transmissão do crédito é apenas a decorrência do negócio.²⁷⁰

Von Tuhr consente com a possibilidade de cessão antecipada de todos os créditos futuros do cedente que surjam de suas relações comerciais com um devedor, e igualmente, todos os créditos que o cedente venha a adquirir para a sua empresa, no entanto, observa que, na prática, poder-se-ia discutir se o acordado é contrário aos bons costumes. O autor ainda observa que, na cessão de créditos futuros – assim como nos atuais-, o objeto deve ser de forma determinada para que não se tenha incerteza a respeito de qual crédito futuro foi cedido.²⁷¹

Menezes Leitão da mesma forma aceita a cessão de créditos futuros, contando que esteja preenchido o requisito da determinabilidade, podendo este advir tanto de negócio jurídico já celebrado (ex.: rendas futuras referentes de um arrendamento imobiliário vigente), quanto de negócio jurídico ainda não celebrado (ex.: preço de mercadorias que o cedente venderá). Não tendo nenhum impedimento ao tipo do evento futuro que determine a constituição do crédito cedido, permitindo que a cessão de créditos resulte de um futuro contrato, ou de créditos a serem constituídos por uma lei futura.²⁷²

Da mesma forma, Mota Pinto admite a cessão de créditos futuros incluindo, nessa categoria, os que virão a nascer *pro rata temporis* (p. Ex. os créditos de futuras rendas de um arrendamento) ou, ainda, aqueles em que a fonte ou o preceito legal constitutivo a ser completado (p. ex. o crédito vindo de prestações de um contrato de fornecimento contínuo em que o valor da prestação ainda tem que ser determinado), e ainda aqueles em que o fundamento somente surge com o decorrer do tempo (p. ex.

²⁷⁰ ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans. *Tratado de Derecho Civil – Tomo II – Derecho das Obligaciones*, 2ª ed., trad. por Blás Pérez González e José Alguer, p. 385 e nota 14.

²⁷¹ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones, Tomo II*, traduzido do alemão por W. Roces, p. 303.

²⁷² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de Créditos*. Coimbra: Almedina, 2005, p 419.

crédito vinculado a algum tipo de seguro, de renda vitalícia, etc.).²⁷³ O referido autor, ainda comenta no que se refere à admissibilidade da cessão de todos os créditos futuros advindos de um negócio, especialmente como forma de garantia de empréstimos bancários, que na Alemanha este tema já é discutido tanto na jurisprudência quanto na doutrina, e em sua maioria admitem as duas figuras, resguardada a falta de determinação ou outros requisitos.²⁷⁴

Em contrapartida, Orlando Gomes não reconhece a cessão de créditos futuros sob o argumento de que é um negócio dispositivo, e que seu objeto deve ser determinado, não permitindo uma transferência de créditos que não se possa distinguir. Com isso, não valeria a cessão de todos os créditos futuros advindos de negócios do devedor-cedente, considerando, dessa forma, um contrato imoral.²⁷⁵ Não obstante o entendimento de Orlando Gomes, partimos do entendimento de que é possível a cessão de créditos futuros, desde que sejam eles ao menos determináveis.

Discutível é saber se o crédito futuro que foi cedido surge na pessoa do cedente ou diretamente na pessoa do cessionário. Nessa perspectiva, a doutrina alemã elaborou duas teorias que, futuramente, influenciaram o direito italiano e o português: I) a teoria da transmissão (*Durchgangstheorie*), segundo a qual alega que, no momento de seu nascimento, o crédito futuro cedido se constitui na pessoa do cedente, e somente depois que passará para a pessoa do cessionário; e II) teoria da imediação (*Unmittelbarkeitstheorie*), a qual dispõe que no momento do nascimento do crédito futuro cedido, este já pertence à pessoa do cessionário, teoria essa mais aceita na Alemanha.²⁷⁶

Um dos defensores da teoria da imediação é Von Turh, o qual afirma que a cessão de crédito futuro causa efeito direto na pessoa do cessionário e o cedente não pode impedir que esse resultado aconteça. Com isso, no momento em que o crédito futuro é cedido, ele não pode ser atingido pelos credores do cedente. Os impactos do ato

²⁷³ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de Contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 187.

²⁷⁴ Ibid, p. 188 e nota de rodapé 7.

²⁷⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed. 1996, p. 207.^[1]_{SEP}

²⁷⁶ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão de Contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*, p. 188-190; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, p. 421.

antecipado de disposição ocorrem mesmo que o cedente venha a falecer ou perca a capacidade depois de efetuada a cessão.²⁷⁷

Dessa forma, os apoiadores da teoria da imediação afirmam que não há racionalidade na construção do entendimento que sustenta que o crédito nasça primeiro na pessoa do cedente e, posteriormente, transfira-se para a esfera do cessionário, parecendo mais lógico que se afirme que a constituição do crédito aconteça diretamente na pessoa do cessionário.

Em contrapartida, os apoiadores da teoria da transmissão afirmam que, quando da celebração de uma cessão de créditos futuros, não se vislumbra a constituição direta do crédito no âmbito jurídico do cessionário, observando antes essa constituição na pessoa do cedente, onde o crédito permanecerá por pouco tempo, sendo imediatamente transferido para o cessionário, em razão do negócio de cessão ulteriormente pactuado. Nesse sentido, a cessão de créditos futuros somente se diferenciaria da cessão de créditos atuais em razão da transmissão do crédito ser postergada para o momento da sua constituição futura, sendo todo o resto aplicado em igual regime.²⁷⁸

Mota Pinto ainda considera que os pressupostos da aquisição do crédito futuro pelo cessionário devem ocorrer na pessoa do cedente e que, portanto, a teoria da imediação somente poderia ser adotada se os pressupostos da aquisição do crédito ocorreram na pessoa do cessionário. Salienta, ainda, que o cessionário somente viria a alcançar o crédito caso o cedente, sem a cessão, o tivesse obtido e o seu regime seria o mesmo que aquele sujeito à particularidade do cedente.²⁷⁹

Igualmente, Menezes Leitão discorda da teoria da imediação sob a alegação de que ela cinde os requisitos da cessão e seus efeitos jurídicos, dado que o negócio da cessão busca transferir um crédito e não criá-lo imediatamente da esfera jurídica de outrem.²⁸⁰ O doutrinador ainda cita uma tese intermediária entre as duas teorias, a qual é seguida por João de Matos Antunes Varela e Luiz Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, em que afirmam a necessidade de diferenciar créditos futuros em relação àqueles em que já exista

²⁷⁷ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones, Tomo II*, traduzido do alemão por W. Roces, p 302.

²⁷⁸ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Cessão de Crédito*, p. 422.^[1]^[2]^[3]^[4]^[5]^[6]^[7]^[8]^[9]^[10]^[11]^[12]^[13]^[14]^[15]^[16]^[17]^[18]^[19]^[20]^[21]^[22]^[23]^[24]^[25]^[26]^[27]^[28]^[29]^[30]^[31]^[32]^[33]^[34]^[35]^[36]^[37]^[38]^[39]^[40]^[41]^[42]^[43]^[44]^[45]^[46]^[47]^[48]^[49]^[50]^[51]^[52]^[53]^[54]^[55]^[56]^[57]^[58]^[59]^[60]^[61]^[62]^[63]^[64]^[65]^[66]^[67]^[68]^[69]^[70]^[71]^[72]^[73]^[74]^[75]^[76]^[77]^[78]^[79]^[80]^[81]^[82]^[83]^[84]^[85]^[86]^[87]^[88]^[89]^[90]^[91]^[92]^[93]^[94]^[95]^[96]^[97]^[98]^[99]^[100]^[101]^[102]^[103]^[104]^[105]^[106]^[107]^[108]^[109]^[110]^[111]^[112]^[113]^[114]^[115]^[116]^[117]^[118]^[119]^[120]^[121]^[122]^[123]^[124]^[125]^[126]^[127]^[128]^[129]^[130]^[131]^[132]^[133]^[134]^[135]^[136]^[137]^[138]^[139]^[140]^[141]^[142]^[143]^[144]^[145]^[146]^[147]^[148]^[149]^[150]^[151]^[152]^[153]^[154]^[155]^[156]^[157]^[158]^[159]^[160]^[161]^[162]^[163]^[164]^[165]^[166]^[167]^[168]^[169]^[170]^[171]^[172]^[173]^[174]^[175]^[176]^[177]^[178]^[179]^[180]^[181]^[182]^[183]^[184]^[185]^[186]^[187]^[188]^[189]^[190]^[191]^[192]^[193]^[194]^[195]^[196]^[197]^[198]^[199]^[200]^[201]^[202]^[203]^[204]^[205]^[206]^[207]^[208]^[209]^[210]^[211]^[212]^[213]^[214]^[215]^[216]^[217]^[218]^[219]^[220]^[221]^[222]^[223]^[224]^[225]^[226]^[227]^[228]^[229]^[230]^[231]^[232]^[233]^[234]^[235]^[236]^[237]^[238]^[239]^[240]^[241]^[242]^[243]^[244]^[245]^[246]^[247]^[248]^[249]^[250]^[251]^[252]^[253]^[254]^[255]^[256]^[257]^[258]^[259]^[260]^[261]^[262]^[263]^[264]^[265]^[266]^[267]^[268]^[269]^[270]^[271]^[272]^[273]^[274]^[275]^[276]^[277]^[278]^[279]^[280]^[281]^[282]^[283]^[284]^[285]^[286]^[287]^[288]^[289]^[290]^[291]^[292]^[293]^[294]^[295]^[296]^[297]^[298]^[299]^[300]^[301]^[302]^[303]^[304]^[305]^[306]^[307]^[308]^[309]^[310]^[311]^[312]^[313]^[314]^[315]^[316]^[317]^[318]^[319]^[320]^[321]^[322]^[323]^[324]^[325]^[326]^[327]^[328]^[329]^[330]^[331]^[332]^[333]^[334]^[335]^[336]^[337]^[338]^[339]^[340]^[341]^[342]^[343]^[344]^[345]^[346]^[347]^[348]^[349]^[350]^[351]^[352]^[353]^[354]^[355]^[356]^[357]^[358]^[359]^[360]^[361]^[362]^[363]^[364]^[365]^[366]^[367]^[368]^[369]^[370]^[371]^[372]^[373]^[374]^[375]^[376]^[377]^[378]^[379]^[380]^[381]^[382]^[383]^[384]^[385]^[386]^[387]^[388]^[389]^[390]^[391]^[392]^[393]^[394]^[395]^[396]^[397]^[398]^[399]^[400]^[401]^[402]^[403]^[404]^[405]^[406]^[407]^[408]^[409]^[410]^[411]^[412]^[413]^[414]^[415]^[416]^[417]^[418]^[419]^[420]^[421]^[422]^[423]^[424]^[425]^[426]^[427]^[428]^[429]^[430]^[431]^[432]^[433]^[434]^[435]^[436]^[437]^[438]^[439]^[440]^[441]^[442]^[443]^[444]^[445]^[446]^[447]^[448]^[449]^[450]^[451]^[452]^[453]^[454]^[455]^[456]^[457]^[458]^[459]^[460]^[461]^[462]^[463]^[464]^[465]^[466]^[467]^[468]^[469]^[470]^[471]^[472]^[473]^[474]^[475]^[476]^[477]^[478]^[479]^[480]^[481]^[482]^[483]^[484]^[485]^[486]^[487]^[488]^[489]^[490]^[491]^[492]^[493]^[494]^[495]^[496]^[497]^[498]^[499]^[500]^[501]^[502]^[503]^[504]^[505]^[506]^[507]^[508]^[509]^[510]^[511]^[512]^[513]^[514]^[515]^[516]^[517]^[518]^[519]^[520]^[521]^[522]^[523]^[524]^[525]^[526]^[527]^[528]^[529]^[530]^[531]^[532]^[533]^[534]^[535]^[536]^[537]^[538]^[539]^[540]^[541]^[542]^[543]^[544]^[545]^[546]^[547]^[548]^[549]^[550]^[551]^[552]^[553]^[554]^[555]^[556]^[557]^[558]^[559]^[560]^[561]^[562]^[563]^[564]^[565]^[566]^[567]^[568]^[569]^[570]^[571]^[572]^[573]^[574]^[575]^[576]^[577]^[578]^[579]^[580]^[581]^[582]^[583]^[584]^[585]^[586]^[587]^[588]^[589]^[590]^[591]^[592]^[593]^[594]^[595]^[596]^[597]^[598]^[599]^[600]^[601]^[602]^[603]^[604]^[605]^[606]^[607]^[608]^[609]^[610]^[611]^[612]^[613]^[614]^[615]^[616]^[617]^[618]^[619]^[620]^[621]^[622]^[623]^[624]^[625]^[626]^[627]^[628]^[629]^[630]^[631]^[632]^[633]^[634]^[635]^[636]^[637]^[638]^[639]^[640]^[641]^[642]^[643]^[644]^[645]^[646]^[647]^[648]^[649]^[650]^[651]^[652]^[653]^[654]^[655]^[656]^[657]^[658]^[659]^[660]^[661]^[662]^[663]^[664]^[665]^[666]^[667]^[668]^[669]^[670]^[671]^[672]^[673]^[674]^[675]^[676]^[677]^[678]^[679]^[680]^[681]^[682]^[683]^[684]^[685]^[686]^[687]^[688]^[689]^[690]^[691]^[692]^[693]^[694]^[695]^[696]^[697]^[698]^[699]^[700]^[701]^[702]^[703]^[704]^[705]^[706]^[707]^[708]^[709]^[710]^[711]^[712]^[713]^[714]^[715]^[716]^[717]^[718]^[719]^[720]^[721]^[722]^[723]^[724]^[725]^[726]^[727]^[728]^[729]^[730]^[731]^[732]^[733]^[734]^[735]^[736]^[737]^[738]^[739]^[740]^[741]^[742]^[743]^[744]^[745]^[746]^[747]^[748]^[749]^[750]^[751]^[752]^[753]^[754]^[755]^[756]^[757]^[758]^[759]^[760]^[761]^[762]^[763]^[764]^[765]^[766]^[767]^[768]^[769]^[770]^[771]^[772]^[773]^[774]^[775]^[776]^[777]^[778]^[779]^[780]^[781]^[782]^[783]^[784]^[785]^[786]^[787]^[788]^[789]^[790]^[791]^[792]^[793]^[794]^[795]^[796]^[797]^[798]^[799]^[800]^[801]^[802]^[803]^[804]^[805]^[806]^[807]^[808]^[809]^[810]^[811]^[812]^[813]^[814]^[815]^[816]^[817]^[818]^[819]^[820]^[821]^[822]^[823]^[824]^[825]^[826]^[827]^[828]^[829]^[830]^[831]^[832]^[833]^[834]^[835]^[836]^[837]^[838]^[839]^[840]^[841]^[842]^[843]^[844]^[845]^[846]^[847]^[848]^[849]^[850]^[851]^[852]^[853]^[854]^[855]^[856]^[857]^[858]^[859]^[860]^[861]^[862]^[863]^[864]^[865]^[866]^[867]^[868]^[869]^[870]^[871]^[872]^[873]^[874]^[875]^[876]^[877]^[878]^[879]^[880]^[881]^[882]^[883]^[884]^[885]^[886]^[887]^[888]^[889]^[890]^[891]^[892]^[893]^[894]^[895]^[896]^[897]^[898]^[899]^[900]^[901]^[902]^[903]^[904]^[905]^[906]^[907]^[908]^[909]^[910]^[911]^[912]^[913]^[914]^[915]^[916]^[917]^[918]^[919]^[920]^[921]^[922]^[923]^[924]^[925]^[926]^[927]^[928]^[929]^[930]^[931]^[932]^[933]^[934]^[935]^[936]^[937]^[938]^[939]^[940]^[941]^[942]^[943]^[944]^[945]^[946]^[947]^[948]^[949]^[950]^[951]^[952]^[953]^[954]^[955]^[956]^[957]^[958]^[959]^[960]^[961]^[962]^[963]^[964]^[965]^[966]^[967]^[968]^[969]^[970]^[971]^[972]^[973]^[974]^[975]^[976]^[977]^[978]^[979]^[980]^[981]^[982]^[983]^[984]^[985]^[986]^[987]^[988]^[989]^[990]^[991]^[992]^[993]^[994]^[995]^[996]^[997]^[998]^[999]^[1000]

²⁷⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Cessão de Contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*, p. 191.^[1]^[2]^[3]^[4]^[5]^[6]^[7]^[8]^[9]^[10]^[11]^[12]^[13]^[14]^[15]^[16]^[17]^[18]^[19]^[20]^[21]^[22]^[23]^[24]^[25]^[26]^[27]^[28]^[29]^[30]^[31]^[32]^[33]^[34]^[35]^[36]^[37]^[38]^[39]^[40]^[41]^[42]^[43]^[44]^[45]^[46]^[47]^[48]^[49]^[50]^[51]^[52]^[53]^[54]^[55]^[56]^[57]^[58]^[59]^[60]^[61]^[62]^[63]^[64]^[65]^[66]^[67]^[68]^[69]^[70]^[71]^[72]^[73]^[74]^[75]^[76]^[77]^[78]^[79]^[80]^[81]^[82]^[83]^[84]^[85]^[86]^[87]^[88]^[89]^[90]^[91]^[92]^[93]^[94]^[95]^[96]^[97]^[98]^[99]^[100]^[101]^[102]^[103]^[104]^[105]^[106]^[107]^[108]^[109]^[110]^[111]^[112]^[113]^[114]^[115]^[116]^[117]^[118]^[119]^[120]^[121]^[122]^[123]^[124]^[125]^[126]^[127]^[128]^[129]^[130]^[131]^[132]^[133]^[134]^[135]^[136]^[137]^[138]^[139]^[140]^[141]^[142]^[143]^[144]^[145]^[146]^[147]^[148]^[149]^[150]^[151]^[152]^[153]^[154]^[155]^[156]^[157]^[158]^[159]^[160]^[161]^[162]^[163]^[164]^[165]^[166]^[167]^[168]^[169]^[170]^[171]^[172]^[173]^[174]^[175]^[176]^[177]^[178]^[179]^[180]^[181]^[182]^[183]^[184]^[185]^[186]^[187]^[188]^[189]^[190]^[191]^[192]^[193]^[194]^[195]^[196]^[197]^[198]^[199]^[200]^[201]^[202]^[203]^[204]^[205]^[206]^[207]^[208]^[209]^[210]^[211]^[212]^[213]^[214]^[215]^[216]^[217]^[218]^[219]^[220]^[221]^[222]^[223]^[224]^[225]^[226]^[227]^[228]^[229]^[230]^[231]^[232]^[233]^[234]^[235]^[236]^[237]^[238]^[239]^[240]^[241]^[242]^[243]^[244]^[245]^[246]^[247]^[248]^[249]^[250]^[251]^[252]^[253]^[254]^[255]^[256]^[257]^[258]^[259]^[260]^[261]^[262]^[263]^[264]^[265]^[266]^[267]^[268]^[269]^[270]^[271]^[272]^[273]^[274]^[275]^[276]^[277]^[278]^[279]^[280]^[281]^[282]^[283]^[284]^[285]^[286]^[287]^[288]^[289]^[290]^[291]^[292]^[293]^[294]^[295]^[296]^[297]^[298]^[299]^[300]^[301]^[302]^[303]^[304]^[305]^[306]^[307]^[308]^[309]^[310]^[311]^[312]^[313]^[314]^[315]^[316]^[317]^[318]^[319]^[320]^[321]^[322]^[323]^[324]^[325]^[326]^[327]^[328]^[329]^[330]^[331]^[332]^[333]^[334]^[335]^[336]^[337]^[338]^[339]^[340]^[341]^[342]^[343]^[344]^[345]^[346]^[347]^[348]^[349]^[350]^[351]^[352]^[353]^[354]^[355]^[356]^[357]^[358]^[359]^[360]^[361]^[362]^[363]^[364]^[365]^[366]^[367]^[368]^[369]^[370]^[371]^[372]^[373]^[374]^[375]^[376]^[377]^[378]^[379]^[380]^[381]^[382]^[383]^[384]^[385]^[386]^[387]^[388]^[389]^[390]^[391]^[392]^[393]^[394]^[395]^[396]^[397]^[398]^[399]^[400]^[401]^[402]^[403]^[404]^[405]^[406]^[407]^[408]^[409]^[410]^[411]^[412]^[413]^[414]^[415]^[416]^[417]^[418]^[419]^[420]^[421]^[422]^[423]^[424]^[425]^[426]^[427]^[428]^[429]^[430]^[431]^[432]^[433]^[434]^[435]^[436]^[437]^[438]^[439]^[440]^[441]^[442]^[443]^[444]^[445]^[446]^[447]^[448]^[449]^[450]^[451]^[452]^[453]^[454]^[455]^[456]^[457]^[458]^[459]^[460]^[461]^[462]^{[46}

um princípio de vigência (como é o caso dos créditos que poderão surgir em razão da verificação de uma condição ou do vencimento de um termo ou, ainda, dos créditos em que a sua futura constituição venha a ser definida em razão de um negócio jurídico celebrado) dos créditos que careçam desse fundamento de vigência (a exemplo daqueles que poderão vir de negócios celebrados futuramente).²⁸¹

Nesse mesmo sentido, Antunes Varela entende que se a relação contratual entre o cedente e o devedor cedido a qual esses créditos virão a nascer já estiver constituída, o direito nascerá diretamente na esfera do cessionário, eis que este adquiriu desde logo na celebração do contrato de cessão a expectativa jurídica, que é o “gérmen do futuro crédito”. De outro lado, se a transferência tiver o seu crédito futuro em um contrato que sequer foi celebrado ainda, os direitos nascem inicialmente na esfera do cedente e, posteriormente, será transferido para o adquirente.²⁸²

Ainda, Pestana de Vasconcelos diz não poder conceber que a solução advinda da lei para a transferência de créditos futuros importa inevitavelmente que estes surjam primeiro na esfera do cedente previamente a ser transferida para o cessionário, quando não se verifique uma sucessão única numa relação contratual existente de onde eles deverão nascer.²⁸³

A teoria da transmissão a qual é mais compatível com o direito brasileiro, eis que o artigo 295 do CC/BR²⁸⁴ ordena que, na cessão de título oneroso, o cedente será responsável perante o cessionário quanto à existência do crédito no momento em que o cedeu. Permitindo, como juridicamente possível, a cessão inicial de todos os créditos provenientes de certa relação jurídica, momento em que o cessionário terá somente uma expectativa de ser titular de um crédito futuro. Carlos Alberto da Mota Pinto elucida que o cessionário só virá a adquirir o direito caso o cedente, sem a cessão, já o tivesse

²⁸¹ MENEZES LEITAO. Cessão de crédito. P. 423.

²⁸² VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, v. II. Coimbra: Almedina, 1995. p. 316. [1]

²⁸³ VASCONCELOS, Luís Miguel Delgado Paredes Pestana de. *A cessão de créditos em garantia e a insolvência – em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 469.

²⁸⁴ Art. 295. “Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.”

adquirido.²⁸⁵ Isto é, o cedente só será responsabilizado pela existência do crédito futuro no instante em que este vier a surgir e que, nos termos da teoria da transmissão, o momento em que o referido crédito será concretamente transmitido ao cessionário. Em resumo, na cessão de crédito futuro, os créditos inicialmente nascem na esfera do cedente e posteriormente serão transferidos para a esfera do cessionário.

Por sua vez, o penhor de direitos pode ser definido como aquele direito real que não recai sobre uma coisa e, sim, sobre um direito, e pelo qual “ao credor pignoratício é transmitido, não a posse da coisa, mas o poder em que consiste o direito, que o permite fazer isso”²⁸⁶. E nesse sentido, que o penhor de créditos é constituído um direito real sobre crédito, muito embora não se altere a titularidade da relação de garantia. Por outro lado, a cessão de crédito implica mudança de credor, deixando um novo com o mesmo direito que o anterior, de tal forma que substitui a pessoa do credor por outra referente ao mesmo crédito, permanecendo intacta a relação obrigatória. Assim, via de regra, as partes do negócio jurídico de cessão, entendida como o ato entre vivos celebrado entre um credor e outro com a intenção de transmitir a titularidade de um crédito de um para outro, são somente credor-cedente e o cessionário, sem que o devedor-cedido faça parte ou tenha que expressar seu consentimento.

A cessão de créditos é, sem dúvida, um instituto no direito que possui muita proximidade ao penhor de crédito quando se fala em garantias.²⁸⁷ Podemos dizer que a principal distinção entre as duas figuras é a de que no penhor, ao contrário do que acontece na cessão de créditos, não se transmite a titularidade do crédito para o credor.²⁸⁸ Este passa a ter o *jus exigendi*, que lhe confere a legitimidade para praticar determinados atos de administração, porém o devedor pode continuar a praticar determinados atos, como o

²⁸⁵ *Cessão de Contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*, p. 191.

²⁸⁶ Traduzido de “al acreedor pignoratício se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder em que el derecho consiste, que le permite realizarlo”. STS de 19 de abril de 1977: “La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositário por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de um derecho de prenda.”.

²⁸⁷ Vaz Serra, em Cessão de créditos ou de outros direitos, inclusive chega a utilizar a expressão “cessão-penhor” quando se refere à cessão em garantia, tendo em vista a função análoga desempenhada por ambos. p.186.

²⁸⁸ Nesse sentido, parecer da PGR, Fundo de Turismo. Penhor. Coisa Futura. Promessa de penhor, pg. 38: “...o seu titular – credor pignoratício – não dispõe de uma “permissão normativa total de aproveitamento das qualidades da coisa” mas apenas da potencialidade da sua realização pecuniária tendo em vista uma garantia de um crédito.”.

de transferir a outros o crédito, caso este que não possa ser praticado pelo cedente quando na cessão de crédito em garantia, vez que este fica privado do crédito.

Outra distinção ocorre no fato de a cessão em garantia, ainda que não seja uma forma de cumprimento da obrigação, possa ser vista como um preparatório deste, enquanto que o penhor tem o papel exclusivamente de garantia. Não permitindo ao credor satisfazer-se antes do vencimento da obrigação principal garantida.

Cabe trazer um contraponto verificado na doutrina italiana por Giuseppe Messina, em um dos seus principais estudos sobre negócios fiduciários, observou que a cessão fiduciária com fins de garantia possibilita ao credor maior garantia do que a do penhor de crédito, visto que com a transferência do crédito se possibilita uma posição mais independente do cessionário-fiduciário que se for equiparar com a posição do devedor-cedente; e, ainda, de forma complementar, dá maior proteção de disposição que o devedor-pignoraticio poderia fazer do seu crédito.²⁸⁹

Salienta-se que, por um ponto de vista econômico, a cessão de créditos possibilita maior agilidade e rapidez na realização de operações econômicas, eis que a notificação do devedor não ser é requisito condicional para a validade do negócio jurídico, como acontece no penhor de créditos. Portanto, na cessão o contrato, ocorre por celebrado no momento da vontade das partes, enquanto no penhor, este se concretizará no momento da notificação ou aceitação do devedor em conformidade com o artigo 681, nº 2 do CC.

Com isso, é de entendimento geral que na cessão de créditos pode-se verificar os efeitos serem produzidos por medo do efeito do contrato, sendo somente necessária a notificação para produzir efeitos frente ao devedor cedido e terceiros adquirentes do mesmo direito. Condiciona-se a tutela de terceiros de boa-fé, visto que frente a estes os efeitos somente se confirmam após a notificação, aceitação ou mero conhecimento. Diante disso, é possível verificar que, nos dois casos, tanto no penhor de direito, quanto na cessão de créditos, os negócios não geram seus efeitos até quando houver desconhecimento ou falta de notificação, de um dos interessados no negócio compactuado. De fato, a respeito dessa proximidade de regimes, temos que considerar

²⁸⁹ *Scritti Giuridici*, v. 1 – *Negozi Fiduciari*, p. 12 (tradução livre de: “*Ritornando ora alle applicazioni fiduciarie della cessione, dobbiamo ricordare da ultimo quella fatta per scopo di sicurtà. Vi si ricorre per concedere al creditore una garanzia più intensa di quella fornita dal pegno da crediti. Poichè col trasferimento del credito si assicura da un lato al cessionario-fiduciario una posizione più libera ed indipendente in confronto al debitore ceduto, dall’altro lo si salvaguarda da ulteriori disposizioni che il debitore pignoraticio potrebbe fare del credito.*”).

que na cessão de créditos estamos diante da alienação de determinado direito à efetivação de outro negócio. Resumindo, ao ponto que a cessão de crédito gera efeitos entre as partes e a terceiros, sem a necessidade da notificação do devedor, o penhor de créditos não gera qualquer efeito, tanto entre as partes quanto em relação ao devedor do crédito empenhado, se não houver a notificação ou a aceitação.

13. Do nascimento do crédito e o momento da perfeição do penhor: o papel da notificação do devedor

Ainda, é importante analisar em que momento que nasce, efetivamente, o penhor. Seria no ato da celebração do contrato, como ocorre normalmente, ou seria no momento em que nasce o direito empenhado? Ou seja, ofertado em penhor um crédito futuro, cabe saber o momento em que pode se considerar constituída a garantia.

Com isso, visto que o crédito ainda não possui uma existência jurídica no momento da celebração do contrato, não será bastante para a perfeição do penhor apenas o cumprimento dos requisitos legais, em que igualmente necessário para o efeito, haver a notificação do devedor do crédito dado em penhor, visto que sua ausência acarreta na ineficácia do contrato. Portanto, até o nascimento do crédito, estaremos diante de um contrato válido porem incompleto, que se complementarà quando nascer o direito do crédito, com a notificação do devedor, com a desnecessidade de uma nova e reiterada declaração expressa das partes, eis que as declarações de vontade para a produção dos efeitos jurídicos da garantia do penhor foram feitas naquela ocasião da celebração do contrato e se tornam, portanto, irrevogáveis.

De outra maneira, quando os créditos garantidos pelo penhor constituírem objeto de prestações continuadas, periódicas (como a renda de um contrato de arrendamento), os quais nascerão com o decorrer do tempo, estaremos diante de um contrato de formação progressiva, em que o objeto se estenderá na medida em que forem nascendo os referidos créditos.²⁹⁰ Nesse caso, igualmente não será necessário haver qualquer notificação do devedor ou de novas declarações das partes toda vez que um crédito nasça. Portanto, sendo já determinado quem será o devedor no momento de celebrar o contrato, não haverá impedimento que a notificação seja anterior ao nascimento do crédito, caso em que a

²⁹⁰ CUNHA FERREIRA/ SAMPAIO. *O Penhor de crédito futuro português*, p. 151.

garantia do penhor produzirá os efeitos automaticamente com o nascimento o crédito futuro.

Em razão do princípio da acessoriedade, teríamos aqui uma seria questão, entretanto, a doutrina tem entendido que o momento relevante não seria tanto o momento da constituição do penhor, mas sim o momento da execução dele. Dessa forma, poderíamos entender que estaríamos diante de um contrato preliminar de constituição do penhor que somente se tornaria concreto quando do nascimento do objeto do penhor, ou seja, quando da sua determinabilidade. De outro ponto de vista, poderíamos aceitar estar perante um penhor com objeto determinável genericamente e, dessa maneira, o penhor só apareceria com o efetivo desapossamento do penhor.²⁹¹

Como dito anteriormente, o critério da determinabilidade do objeto do penhor é um requisito importante para a sua constituição como garantia, e assim não seria diferente no caso da constituição do penhor de créditos futuros.

Imperioso trazer a questão que, conforme decorre do artigo 666/CCPT, o objeto da garantia empenhado tem que pertencer ao devedor ou a terceiro, o que evidentemente não de igual forma se verifica no caso do penhor de créditos, em razão de que, nessa ocasião, o direito ainda não faz parte do patrimônio do devedor pignoratício.

A figura do penhor de créditos futuros tem alta relevância na prática bancária. Muitas vezes, as cláusulas contidas no contrato de penhor em favor dos Bancos são tão vagas que poderiam até ser consideradas nulas, desde que só sejam consideradas válidas no momento em que se pudesse limitar um máximo de responsabilidade²⁹² e, nessa etapa é que o empenhador consegue estimar o limite de sua responsabilidade e, dessa forma, verificar vantagens e desvantagens que pudessem aferir da constituição daquele penhor.

²⁹¹ Aqui podemos colocar em discussão a preferência entre credores, em que só poderia ter preferência aquele que em primeiro lugar conseguir constituir um penhor efeito, ou seja, o credor da garantia do crédito futuro só fruirá da preferência quando o objeto do penhor já existir, caso contrário, não terá nenhum direito de preferência.

²⁹² Acerca dessa responsabilidade, Hugo Ramos Alves, em *Do Penhor*, p. 304, cita que “atendendo a necessidade de o empenhador poder calcular o limite da sua responsabilidade, como do entendimento de que, através do operar do princípio da especialidade, a determinabilidade poderá actuar de duas formas distintas, a saber: i) através da fixação de uma quantia pecuniária determinada, que funcionará como limite máximo da responsabilidade coberta pela garantia, e ii) mediante a determinação dos créditos concretamente garantidos. Sendo que, neste último caso, a determinação dos créditos garantidos implica que as partes, aquando da celebração do contrato de penhor, descrevam quais os créditos abrangidos pela garantia.”

Sem essa condição que limita a responsabilidade do empenhador, tais cláusulas do contrato de penhor deveriam ser tidas como nulas, tendo em vista o critério da determinabilidade e, igualmente, ao princípio da acessoriedade, mesmo que indiretamente.²⁹³

De outro lado, a legislação espanhola, em respeito à redação original do artigo 90.1.6 da LC²⁹⁴, reconheceu o penhor de crédito futuro com um privilégio especial no concurso, bastando que, para isso, conste no documento uma data determinada para nascimento do crédito, ainda que não exista um preceito legal determinando uma relação com o concurso de credores dos créditos nascidos posteriormente à declaração concursal.²⁹⁵

14. Outros casos de penhor com características de penhor futuro

14.1. O caso de penhor omnibus

A questão do penhor como garantia de prestação futuro está igualmente ligada à problemática do penhor *omnibus*, sendo polêmica a admissibilidade dessa garantia antes do momento da criação do direito e quanto os efeitos a ela decorrentes.

O dinamismo do financiamento das atividades empresariais pode fomentar a criação de novos créditos por via consecutiva, ou sucessiva do contrato original.²⁹⁶ É que o que se verifica nos casos de contratos de abertura de crédito, ou de refinanciamento.²⁹⁷

²⁹³ Pode acontecer de que num contrato de penhor em que o objeto dado em garantia é determinado, tenha-se uma cláusula que faça referência ao penhor de crédito futuro, e se for considerada nula essa cláusula específica, tal nulidade não se estenderia ao contrato de penhor na sua totalidade, caso estejamos perante um penhor que garanta diversos créditos. Resumidamente, estaríamos perante uma nulidade parcial do contrato de penhor, advinda da indeterminabilidade parcial de um objeto.

²⁹⁴ Art. 90.1.6.º LC, “*Son créditos com privilegio especial: (...) 6º. Los créditos garantizados com prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de um tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará com que conste em documento com fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.*”

²⁹⁵ GARCIA VICENTE, cit. p. 155.

²⁹⁶ STELLA, Giovanni. *Il pegno a garanzia di crediti futuri*. Padova: CEDAM, 2003, p. 53. ^[L]_[SEP]

²⁹⁷ VENEZIANO, Anna. *Le garanzie mobiliari non possessorie: profili di diritto* ^[L]_[SEP] comparato e di diritto del commercio internazionale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 84

Com isso, poderiam existir créditos futuros a serem garantidos por novos contratos, resultando em diversas posições no quadro das preferências, o que aumentaria tanto *agency* quanto os *transaction costs*.²⁹⁸ O que pode ser evitado com os institutos das garantias reais.

Nesse cenário, o penhor *omnibus* tem como finalidade o atendimento dessas exigências de mercado, que resultam na extensão a créditos futuros, do vínculo real constituído em garantia para certa relação obrigacional.²⁹⁹ Isso ocorre pela inserção no contrato de penhor de um elemento denominado de cláusula *omnibus*. Como as demais cláusulas anômalas do contrato de penhor, cuida de negócio jurídico, dotado de elementos que se unem numa sequência de acordos. A cláusula *omnibus*, ainda, tem por eficácia normal a ampliação da garantia pignoratícia a todos os anseios obrigacionais que o credor dispõe em sua relação com o devedor, presentes ou futuras, submetidas a termo ou condição.³⁰⁰ Com isso, a principal característica da cláusula *omnibus* é que a coisa dada em garantia continua empenhada, até que seja extinto um certo número de créditos derivados de outros contratos, diversos daquele que teria sido a causa da obrigação patrimonial referente ao contrato de penhor que essa cláusula esteja presente.

Baggio-Rebecca³⁰¹ apresentam as cláusulas *omnibus* majoritariamente utilizadas como: a) os valores e os títulos oferecidos em garantia são igualmente empenhados para a segurança da obrigação já constituída ou futura, em favor do credor, mesmo que ainda ilíquida, inexigível ou assegurada por outra garantia real ou pessoal; b) fica igualmente ajustado que os bens constituídos em penhor garantem qualquer outra obrigação, vencida ou não, contratada ou futura; e c) são igualmente constituídos em penhor os bens empenháveis do devedor que o credor possua, ou ainda que depois da constituição do vínculo.³⁰²

²⁹⁸ SADDI, Jairo. A natureza econômica dos contratos bancários. In: WAIBERG, Ivo (coord.); FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 33.

²⁹⁹ BAGGIO, Filippo; REBECCA, Giuseppe. *Il pegno di strumenti finanziari, di azioni e quote*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 33.^{[L]_{SEP}}

³⁰⁰ GABRIELLI, Enrico. *Sulle garanzie rotative*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 38-39.^{[L]_{SEP}}

³⁰¹ BAGGIO-REBECCA, *Il pegno di strumenti finanziari, di azioni e quote*, p. 34-36.

³⁰² Nesse mesmo sentido, segue o ordenamento espanhol, veja: SALINAS, Carlos Adelantado. *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 267.

Surgiram de juristas e doutrinadores italianos correntes que consideram inválida e ineficaz essa cláusula. Isso passaria dos limites da indeterminação e alcançaria limites da indeterminabilidade do crédito que se planejava garantir, ou careceria de justificação de afetação patrimonial ao penhor de crédito futuro, o que seria razão da ineficácia, frente aos demais credores do mesmo devedor, em violação da *par conductio creditorum*³⁰³.

A bem da verdade, o problema não é na cláusula *omnibus* propriamente dita que, como a *lex commissória*, é válida e eficaz. A questão diz respeito à falta do critério de determinação, ou de determinabilidade dos créditos futuros a serem garantidos. O que tem relação com a falta do elemento de eficácia geral do contrato de penhor consolidado na causa de afetação patrimonial.³⁰⁴

Não se pode impedir que os credores busquem melhor garantia, fazendo com que seus créditos prefiram a outros, utilizando-se de contratos típicos em que a eficácia se destina a essa finalidade. De igual forma, a cláusula *omnibus* não é o suficiente para a violação da *par conductio creditorum*.³⁰⁵

Portanto, aparenta ser razoável que a constituição do crédito futuro sirva para coibir esses inconvenientes, bastando que, na cláusula, contenham dois elementos categóricos inexcusáveis. Primeiro, que o acordo da extensão da garantia pignoratícia seja constituída a determinadas dívidas futuras, obedecendo a um limite fixo, com seu montante anteriormente especificado; e o segundo, um acordo referente à causa da afetação patrimonial do penhor. Complemente-se a isso que a eficácia da cláusula estaria sujeita ao registro, cumprindo com a sua publicidade.

A exemplo, temos um contrato de penhor de créditos em conta corrente bancária ou de uma conta de investimento por tempo determinado³⁰⁶, em que a causa da afetação patrimonial seja a celebração de um contrato de abertura de crédito do banco com seu correntista. Com a cláusula *omnibus*, a garantia pignoratícia de um certo número de operações, correspondentes a um valor anteriormente estipulado, já estaria constituída,

³⁰³ GABRIELLI, Enrico. Il pegno. In: SACCO, Rodolfo (diret.). *Trattato di diritto civile: i diritti reali*. Torino: UTET, 2005, v. 5, p. 140-141.

³⁰⁴ GABRIELLI, Enrico. *Il pegno "anomalo"*. Padova: CEDAM, 1990, p. 131-181.

³⁰⁵ FÍNEZ, José Manuel Ratón. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios: la prenda de créditos*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 202-203.

³⁰⁶ LÓPEZ, Raquel Ortega. *La prenda de imposiciones a plazo*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 34-38.

facilitando a obtenção do crédito pelo devedor pignoratício. Apensar de tormentoso sem razão da dificuldade de determinar os créditos futuros. Tal dificuldade pode ser superada partindo da premissa de que os mesmos créditos futuros podem ser previamente determinados no contrato, e até mesmo numericamente. Com isso, preservariam-se a validade e a eficácia do contrato de penhor.

14. 2. O caso do penhor rotativo

De igual modo ocorre com o penhor rotativo, o qual, por ora, é relevante destacar, visto que analisa dentro do instituto do penhor uma forma diferente do que normalmente é vista. Melhor explicando, assim como o penhor de crédito futuro, o penhor rotativo não possui um bem específico a ser empenhado. Ou seja, o penhor rotativo, caracteriza-se pelos modos de afetação em garantia.

Portanto, o penhor rotativo decorre de um elemento do contrato pelo qual se determina cláusula de rotatividade da coisa empenhada.³⁰⁷

O problema central que tem sido discutido na doutrina e jurisprudência italiana é que o penhor consiste na substituição ou mutação do objeto sem que essas mudanças influenciem em uma novação da obrigação garantística ou acarrete na perda da preferência creditícia.

Naturalmente, essa cláusula, tendo em vista a eficácia real do penhor, possui problemas advindos do princípio da especialidade e, por consequência, àqueles relacionados com o direito real de garantia, como o direito de sequência e preferência.

Tal questão tende a ser analisada do ponto de vista funcional, em que, conforme já analisado, o penhor destina-se a criar uma afetação em determinado bem, surgindo uma reserva econômica tanto no penhor de coisas quanto no penhor de créditos.

Dessa forma, a função pignoratícia se assegura na medida em que a reserva do valor seja economicamente igual em todas as modificações, quando se verificar a natureza fungível desses bens afetados. Tal característica é vista nos casos de títulos de crédito e

³⁰⁷ Tal cláusula é conhecida na Itália como *patto di rotatività* e, originalmente, prestava-se para a extensão da garantia pignoratícia sobre títulos da dívida pública, em substituição àqueles que tiveram vencido no curso da execução do contrato de penhor (CALLEGARI, Mia. *Il pegno su titoli dematerializzati*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 158-162).

valores mobiliários, os quais existem uma realidade fungível comum em situações homogêneas dentro de uma categoria.

Temos o exemplo do penhor de valores imobiliários, em que cada unidade tem o mesmo valor econômico, sendo assim por possuir valor creditício semelhante à que função garantidora se assegura. Não afetando a segurança jurídica do penhor, nem mesmo a terceiros, visto que a ordem de preferência se mantém, não ensejando um novo objeto que importe em novação da obrigação.

Observa-se que o artigo 666 do Código civil se referiu ao direito de crédito pelo “*valor de crédito pertencente ao devedor ou a terceiros*”, o que já não ocorre com o direito de coisas em que estabeleceu que a satisfação do crédito é dada “*pelo valor de certa coisa móvel*”, ou seja, por coisa determinada. O texto normativo é claro quando qualifica a coisa móvel como certa e determinada, mas não com os créditos. O que permite concluir que a questão reside em permitir um empenhamento creditício não determinado, porém não incerto.

A questão do desapossamento continua inexistente, pois, tratando-se de penhor de direito, somente se poderia constituir o desapossamento com a coisa certa.

Dessa forma, apesar das suas peculiaridades, o penhor rotativo segue os ditames do penhor de créditos, desde que uma vez compactuados, as unidades de representação desde crédito sejam determináveis a qualquer momento, de acordo com o critério determinado no ato da constituição da garantia.

14. 3. O caso do penhor *floating charge*

O conceito do penhor flutuante advém da noção da experiência jurídica da *commom law*, denominada de *floating charge*³⁰⁸ que nasce em oposição a *fixed charge*³⁰⁹, e é consequência de um acordo entre o credor e o devedor (que obrigatoriamente deve ter uma pessoa coletiva³¹⁰), que concede ao primeiro uma intenção de preferência sobre o

³⁰⁸ GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative...*, p. 49-85.

³⁰⁹ De acordo com Gabrielli, *opc cit*, na *fixed charge* o objeto da garantia - o qual o devedor não tem o poder de dispor sem o consentimento do credor - é sempre coisa específica identificada, ou, pelo menos, identificável, mesmo que se trate de coisa futura.

³¹⁰ DAHAN, Frédérique. *La floating charge: reconnaissance em France d’une sûreté anglaise. Journal du droit international*. Paris, avr-juin. 1996, v. 123, n. 2, p. 381-404.

produto da venda dos bens do devedor, em desvantagem dos quirografários e dos créditos posteriores da constituição da garantia.

Uma particularidade da *floating charge* é que, apesar da sua eficácia ser rotativa, não há, *a priori*, em favor do credor, qualquer posição característica do direito das coisas. Apesar disso, o objeto da garantia vem a ser uma universalidade, podendo abranger bens patrimoniais presentes e futuros.

Portanto, a *floating charge* é uma garantia sobre indeterminados bens, podem ser determináveis regularmente e passíveis de serem modificados, de modo que essa garantia flutue sem ficar presa a nenhum bem, até que venha um momento da relação jurídica de garantia denominada *crystallisation*.³¹¹ Em que somente com ela que termina o processo de especialização da garantia do penhor, que deixará de ser flutuante e passa a ser fixo, no ponto em que o devedor perde a posse imediata do objeto e se cubram de ineficácia qualquer ato posterior.³¹²

Com isso, a característica principal da *floating charge* é a conservação pelo devedor de razoável parte do poder de disposição sobre os bens que recai a garantia. Essa razoabilidade diz respeito às limitações desse poder, no âmbito das *governance structures* ou por acordo antes da *crystallisation (restriction of dealind)*, ou por medida judicial limitativa (*injunction*). Com isso, não é incomum que essa *floating charge* acompanhe outro acordo (*negative pledge*) em que a eficácia busca impedir a concessão de posteriores garantias sobre aqueles determinados bens.

Em razão disso, é possível pensar em um penhor flutuante como consequência de uma cláusula de flutuação da coisa empenhada, a qual, como a cláusula de rotatividade, já seria um negócio jurídico que representaria o papel do contrato de penhor. Tem, ainda, duas características principais: a primeira diz respeito quanto à flutuação da coisa empenhada, e a segunda diz respeito quanto à conversão da garantia flutuante em fixa. Em relação à flutuação da coisa empenhada, acorda-se sobre um grupo de bens empenháveis sobre os quais flutuará a garantia pignoratícia presa às suas consequências. De outro lado, referente à conversão da garantia, cumpre-se a fim de determinar as causas para a *crystallisation* do penhor.

³¹¹ VENEZIANO, Anna. *Le garanzie mobiliari non possessorie: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 96-100.

³¹² CANDIAN, Albina. *Le garanzie mobiliari: modelli e problemi nella prospettiva europea*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 274-283.

Ao contrário do penhor rotativo, o penhor flutuante não é a forma mais eficaz do contrato de penhor. Quanto à particularidade economicamente mais expressiva do penhor flutuante, seria a do momento da *crystallization*, em que o credor pignoratício poderia escolher quais os objetos o penhor se fixaria, dentro de um grupo determinado. O que acarretaria numa utilização mais favorável da sequência, da preferência e do *ius distrahendi*, o que ampliaria a eficiência da garantia pignoratícia. Como exemplo, poderíamos imaginar o penhor flutuante de todos os bens penhoráveis de uma empresa.³¹³ Ou, ainda, o penhor flutuante de todos os créditos de um banco.

Em resumo, após a *crystallization*, o penhor deixa de ser flutuante e passa a ser fixo, sendo admissível uma conexão entre o acordo sobre a conversão da garantia e a cláusula comissória, ao ponto que o credor pignoratício pudesse escolher sobre quais bens desempenharia a sua pretensão, ainda que por apropriação. Portanto, o penhor flutuante fica postergado no tempo sobre o qual será praticado o *ius distrahendi*. Logo, não faz sentido pensar em pretensões de sequência ou de preferência flutuante, eis que quando se concretizam acarreta no direito real de garantia do bem que aguentara a intenção executiva do credor.

Salienta-se que não se pode confundir as *fixed* e a *floating charge*, como acima descritas, com os penhores fixos e flutuantes previstos em lei argentina que regulamentou as prendas com registro.³¹⁴ O penhor flutuante no art 14 ³¹⁵ da referida lei constitui-se frente a matérias-primas, como mercadorias de um estabelecimento industrial ou comercial, ainda que os efeitos do contrato sejam produzidos sobre coisas originalmente apenhadadas, como as resultantes da transformação, que tenham sido adquiridas com finalidade de substituí-las, sem restrições frente ao poder de disposição do devedor pignoratício.³¹⁶

³¹³ CALLEGARI, *Il pegno su titolli dematerializzati...*, p. 166-169.

³¹⁴ ARGENTINA. Decreto-ley n.º 15.348/46, ordenado pelo Decreto 897/95 de 18 de dezembro de 1995. Buenos Aires, 18 dez. 1995. Disponível em: <www.brca.gov.ar>

³¹⁵ “Art. 14 – Sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial, puede constituirse prenda flotante, para asegurar el pago de obligaciones. Este tipo de prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación, tanto como las que se adquieran para reemplazarlas; y no restringe la disponibilidad de todas ellas, a los efectos de la garantía”.

³¹⁶ ROTMAN, Julio Salomón. *Cuestiones de derecho prendario*. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 34-38; ALBRECHT, Paulina; AMADEO, José Luis. *Ley de prenda com registro: anotada com jurisprudencia*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 59-62.

Conclusão

Este trabalho apresenta como proposta verificar a admissibilidade e aplicabilidade do penhor de crédito futuro. Ou seja, de como é possível o ordenamento jurídico utilizar para garantir uma obrigação principal, um instituto que tem por objeto um crédito futuro, ainda não existente na esfera patrimonial do devedor no momento da celebração do contrato de penhor. Desta forma, o presente trabalho buscou analisar a admissibilidade de que um devedor ofereça em garantia um crédito que ele ainda não possui, e como isso poderá ser válido juridicamente.

Para alcançar a resposta foi necessário, na primeira parte deste trabalho, esclarecer como as garantias das obrigações surgiram no mundo jurídico. Desde como e quando surgiu a responsabilidade patrimonial do devedor com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, a qual transferiu a responsabilidade do incumprimento das obrigações aos bens do devedor. Bem como esclarecer a dicotomia da garantia geral e da especial, em que esta representa um esforço na garantia geral, por preferência de determinado bem. Além de trazer alguns conceitos e tipos de garantia real a fim de dar embasamento ao estudo para se chegar ao penhor.

É certo que o penhor por ser uma das garantias mais antigas que se tem notícia e ainda estar vigente em vários ordenamentos jurídicos é que se justifica a escolha desse estudo. Ainda mais quando atualmente o dinheiro e o crédito tem representado um papel fundamental na circulação de riquezas sendo viável uma ponderação profunda e aplicável acerca da eficácia da garantia da figura do penhor de créditos.

Já a segunda parte do trabalho buscou tratar com mais a fundo o instituto do Penhor, em especial o Penhor de Direitos de Créditos com suas principais características e distinções a fim de se fazer entender as peculiaridades do instituto.

Por fim, em sua terceira parte, este trabalho trouxe conceitos de crédito futuro, com a possível admissibilidade dentro de alguns ordenamentos jurídicos, como o português, espanhol, italiano e brasileiro. Bem como o seu valor como garantia e ainda uma possível interpretação de penhor futuro com outras formas do mesmo instituto.

Ademais, pode-se concluir que não existe motivos para que não seja admitido o crédito futuro como objeto de garantia pignoratícia. Se não houver nenhum impedimento legal expresso de que não é permitido constituir esse tipo de objeto, será possível o penhor de créditos futuros. Ainda, se analisarmos que diferentemente do penhor de coisa, que exige a tradição da coisa, o penhor de crédito não necessita para sua admissibilidade a

entrega do bem, sendo suficiente a entrega de um documento que identifique o seu objeto, não há que se falar em inadmissibilidade pela falta de transição, caso contrário, nenhum penhor de crédito seria permitido.

Na mesma linha, a ideia do penhor é exatamente fazer com que o credor pignoratício se pague com preferência aos demais credores pelo resultado da venda da coisa empenhada, o que vislumbra estar perfeitamente permitido que um crédito proveniente de prestações periódicas e futuras seja aceito, eis que os mesmos poderão ser alienados futuramente.

Quanto a redução do valor do objeto empenhado, esse também não é argumento desfavorável a constituição dessa forma de garantia, visto que da mesma forma que é permitido ao penhor de coisa, o penhor de crédito também pode utilizar um reforço de garantia se solicitado pelo credor pignoratício.

O que não é possível, é se retirar da ordem jurídica a alternativa de dar em penhor um crédito futuro sob o argumento de que ele não teria capacidade de garantir a obrigação, retirando qualquer valor económico que o crédito possui. Além do mais a doutrina e jurisprudência já consentem com a permissão da hipoteca futura, não compreendendo o porque de não aplicar a mesma permissão ao penhor, já que ambos são partes do mesmo instituto das garantias especiais reais.

Em discussão de legalidade, é oportuno destacar a Diretiva da nº 47/2002/CE do Parlamento Europeu e Conselho que permitiu constituir obrigações financeiras garantidas em obrigações presentes e futuras, abrangidas em todo o território europeu.

Quanto ao momento de perfeição do penhor, podemos dizer que o contrato de penhor se complementar-se-á com o nascimento do crédito e a notificação do devedor, mas sem a necessidade de nova assinatura de contrato, já que este possui uma anterior declaração expressa da vontade das partes. De outro lado, quando estes forem garantidos por prestações periódicas, continuadas, como a renda de um arrendamento p.e., estas nascerão com o decorrer do tempo, pois estamos perante um contrato de formação progressiva, em que se alongará na medida que os créditos forem surgindo.

Quanto ao princípio da acessoriedade, a doutrina tem entendido que o momento importante não seria tanto na constituição do penhor, mas sim na sua execução. Com isso poderíamos admitir estar perante um contrato preliminar de constituição que se tornaria concreto quando do surgimento do objeto do penhor. Em um outro ponto de vista, igualmente aceitável, poderíamos estar frente um contrato de objeto genérico e que só apareceria com o efetivo nascimento.

Cumprir destacar que o penhor de créditos futuros constitui uma garantia que dá a possibilidade de financiamento para um bom número de operações financeiras. Pois é certo que a atual sociedade possui uma escassez econômica de patrimônio para poder ser ofertado em garantia e a possibilidade de pensar em algo certo e determinado, mas futuro, que venha existir posteriormente, pode fornecer uma quantidade maior de acesso ao crédito. Tal caso foi verificado em empresas que possuem uma falta de ativos materiais em que conseguiriam garantias tradicionais reais, mas sua capacidade de gerar fluxo de caixa e se tornarem titulares de direitos de crédito, por outro lado, torna-a capaz de ser devedora pignoratícia e conseguir um contrato de empréstimo. É o caso p.e. de empresas start-up, clubes de futebol, organizadoras de eventos sociais e culturais, em que desde que tais rendas sejam especificadas em direitos creditórios, os quais a empresa pode se tornar proprietária futuramente, tais créditos são passíveis de garantia o pagamento do penhor.

Portanto, é certo dizer que o penhor de créditos futuros é um instituto que está permitido. Apesar de não ser expresso, a licitude advém, como verificamos, não somente das regras de caráter geral referente aos negócios sobre coisa futura e certas disposições utilizadas ao penhor de direitos, mas igualmente ao fato de não existir um argumento válido para definir como objeto de penhor de créditos somente àqueles já existentes.

Ademais, todos os créditos futuros são sujeitos em constituir objeto de penhor. A verificação da capacidade desses créditos serem dados em penhor deve ser levado em consideração não somente a sua determinabilidade, mas igualmente a sua concreta diferenciação no contato, que apesar de ser um contrato definitivo e válido com as declarações de acordo das partes e com os requisitos formais verificados, somente se completará com o surgimento do direito de crédito dado em penhor e gerará efeitos com a notificação do devedor pignoratício.

Referências bibliográficas

1. ALBRECHT, Paulina; AMADEO, José Luis. **Ley de prenda com registro:** anotada com jurisprudencia. Buenos Aires: Depalma, 1998.
2. ALVES, Hugo Ramos. O Penhor. Coimbra: Almedina, 2010.
3. ANGELICI C., Le garanzie bancarie, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, XII, Torino, 1985.
4. BAGGIO, Filippo; REBECCA, Giuseppe. **Il pegno di strumenti finanziari, di azioni e quote.** Milano: Giuffrè, 2005. [1]
[SEP]
5. BAUR, Fritz. Lehrbuch des Sachenrechts. 10^a ed. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1978.
6. BEIRUTH, Aziz Xavier. Transformação estrutural de covenants com a adoção das IFRS no Brasil. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
7. BESSONE, Darcy. Direitos reais. 2^aed. São Paulo: Saraiva, 1996.
8. BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas, vol. 2. São Paulo, Freitas Bastos, 1942.
9. BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile, Le garanzie reali e la prescrizione, Vol. VII, Ed. Giuffrè: Milano, 2012.
10. BOLLA, Plinio. La costituzione del pegno sul crediti nel Codice Civile Svizzero. Bellizona-Lugano: Editori Grassi & Co, 1921.
11. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants: Instrumento de garantia em Project Finance. Revista BNDES. Rio de Janeiro v 11, 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1106.df>.
12. BRAGA, Armando. Contrato de compra e venda. 3^a ed. Porto Editora, 1994.
13. BULOW, Peter. Rech der Sicherheiten – Sachen und Rechte, Personen. 6^a ed. Heidelberg: C. F. Muller Verlag, 2003.
14. CABRAL DE MONCADA, Luís, *Filosofia do direito e do estado II. Doutrina e crítica*. Coimbra, 1966.
15. CALLEGARI, Mia. **Il pegno su titoli dematerializzati.** Milano: Giuffrè, 2004.
16. CALOMIRIS, Charles W., LARRAIN, Mauricio M., LIBERTI, José, STURGESS, Jason. “How Collateral Laws Shape Lending and Sectoral Activity”, Journal of Financial Economics, vol. 123.p.163-188.
17. CAMPOS, Isabel Menéres. Da Hipoteca. Caracterização, Constituição e Efeitos. Coimbra: Almedina, 2003.
18. CANÁRIO, António Colaço. O penhor de créditos e a eficácia externa das obrigações in RJ 1 (1982). P. 57-86.
19. CANDELORO, Ana Paula Pinho. Garantias reais no direito italiano. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.82, n.695, p.257-259, set. 1993.
20. CANDIAN, Albina. **Le garanzie mobiliari:** modelli e problemi nella prospettiva europea. Milano: Giuffrè, 2001.

21. CARRASCO PEREIRA, Angel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesus. Tratado de los Derechos de Garantía, Ts. I e II, 2ª ed. Aranzadi Civitas: Madrid, 2008.
22. CARRASCO, Ángel; TORRALBA, Elisa. “Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley concursal”. *Diario La Ley*, no 7727. 2011. págs. 1-13.
23. CASTRO Y BRAVO, Frederico de. El negocio jurídico. Editorial Civitas, Madrid, 1985.
24. CICARELLO, Sebastiano. Pegno (direito privato) in ED, tomo XXXII. Milão: Giuffrè Editore, 1982.
25. CIPRIANI, Nicola. Patto Commissorio e Patto Marciano. Proporzionalità e Legittimità delle garanzie. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2000.
26. CORDEIRO, Antonio Menezes. Direito das Obrigações. Vol. II, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1980.
27. CORDEIRO, António Menezes. Direitos Reais. Lisboa, Lex, 1993.
28. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 1987.
29. CROCQ, Pierre. *Propriété et Garantie*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1995.
30. CUNHA, Paulo. Da Garantia das Obrigações. (pelo Aluno Eudoro Pamplona Corte-Real), Lisboa, 1938-1939. Tomo I e II.
31. CURA, Antonio Alberto Vieira. Fiducia cum creditore – aspectos gerais. Coimbra: 1988.
32. CUSATO, Barbara. Il Pegno. Milão: Giuffrè, 2006.
33. DAHAN, Frédérique. La *floating charge*: reconnaissance em France d’une sûreté anglaise. **Journal du droit international**. Paris, avr-juin. 1996, v. 123, n. 2.
34. DIAS, Joana Pereira, “Contributo para o Estudo dos Actuais Paradigmas das Clausulas de Garantia e/ou Segurança: a Pari Passu, a Negative Pledge e a Cross Default”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, v.IV, Novos Estudos de Direito Privado: Coimbra, 2003.
35. DIAS, Joana Pereira. Mecanismos convencionais da Garantia do Crédito: Contributo para o Estudo da Garantia “Rotativa” Mobiliária no Ordenamento Jurídico Português, (polic.) Lisboa, 2005.
36. Díez-PICAZOPONCE DE LEÓN, L. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias, 6ª ed, Aranzadi Civitas: Madrid, 2008.
37. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor e WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil – Derecho de las cosas – Gravamen, vol.II, t. III. Trad. De Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona, Boch, 1937.
38. ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans, *Tratado de Derecho Civil – Tomo II – Derecho das Obligaciones*, 2a ed., trad. por Blás Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956.
39. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 6ª ed. Lumen

Juris, 2009.

40. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís. “*La eficácia de la prenda “de” o “sobre” créditos futuros em el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal.*”. *Diario La Ley*, Nº 7742, Sección Doctrina, 23 Nov. 2011.
41. FERREIRA, Francisco da Cunha; SAMPAIO, Alexandre Pedral. O Penhor de créditos futuros no direito português. **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**. n.42, ano.2016.
42. FÍNEZ, José Manuel Ratón. **Garantias sobre cuentas y depósitos bancarios: la prenda de créditos**. Barcelona: Bosch, 1994.
43. FUCHS, Martin. *Vermögen und Vermögensverwaltung: Ein Versuch zur Konstruktion des Vermögensbegriffs im heutigen Recht*, F. Stollberg, 1911.
44. GABRIELLI, Enrico. I negozi costitutivi di garanzie reali, in BBTC LIX, 1996, Parte Prima, pp. 149-193.
45. GABRIELLI, Enrico. Il pegno “anomalo”. Padova: Cedam, 1990.
46. GABRIELLI, Enrico. Il Pegno “Anomalo”. Pádua: Cedam, 1993.
47. GABRIELLI, Enrico. Il pegno. In: SACCO, Rodolfo (diret.). **Trattato di diritto civile: i diritti reali**. Torino: UTET, 2005, v. 5.
48. GABRIELLI, Enrico. **Sulle garanzie rotative**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998. [L]
[SEP]
49. GARCIA VICENTE, J.R. La prenda de créditos. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
50. GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Edizioni Scientifiche Italiane. 2011, 15ª ed.
51. GERHARDT, Walter. *Mobiliarsachenrecht*, 5ª ed, Munique: Verlag C. H. Beck, 2000.
52. GOMES, Manuel Januário Da Costa. Assunção fidejussória de dívida – Sobre o sentido e âmbito da vinculação como fiador, Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
53. GOMES, Manuel Januário da Costa. Penhora de direitos de créditos breves notas. In *Estudos de direito das garantias vol. 1*. Almedina: Coimbra, 2004. P.272.
54. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 21.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
55. GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 11a ed. 1996.
56. GONÇALVES, A. Luis. Privilegios Creditorios. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 67. Coimbra, 1991.
57. GONZALEZ, Jose Antonio Garcia- Cruces. El contrato de Factoring como cesión global de créditos futuros. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 42, Fasc. 1-2, Enero-Junio, 1989.
58. GOODE, Roy. *The Modernisation of Personal Property Security Law* in LQR 100 (1984), pp. 234-251.
59. GORLA, Gino. *Del pegno, dele ipoteche*. 3ªed. Bolonha: Nichola Zanichelli Editore, 1966.

60. GUEDES, Agostinho Cardoso. A natureza jurídica do direito de preferência. Porto: UCP, 1999.
61. GUTIÉRREZ, Nuria Bermejo. “Prenda de créditos futuros y contratos pendientes de ejecución en el concurso.” InDret, nº 3, julio, Barcelona, 2018.
62. HERMIDA, TAPIA, “Pignoración de saldo de depósitos bancários”, in AAVV, Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil, Tomo II, Garantías Reales, Vol.I, Madrid, 1996.
63. JACKSON, Thomas H./ KRONMAN, Anthony T., “Secured financing and Priorities among Creditors”, Yale L. J. 88 (1979).
64. LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, Tomo I e II, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
65. LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I (Allgemeiner Teil), Beck, Múnich, 14a edición. 1987.
66. LARENZ, Karl. *Schuldrecht*, I – *Allgemeiner Teil*, Munchen/Berlin: Beck, 1953.
67. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Cessão de Créditos. Coimbra: Almedina, 2005.
68. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. v, III, 9ªed, Coimbra: Almedina, 2014.
69. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantia das obrigações. Coimbra: Almedina, 2012.
70. LEITÃO, Luís Menezes. Garantia das Obrigações, 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.
71. LEVMORE, Saul. “Monitors and freeriders in Commercial and Corporate Settings”, em Yale L. J. 92 (1982).
72. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. Código Civil Anotado, 4ªed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
73. LOBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.
74. LOBUONO, Michele. *I contratti di Garanzia*. Napoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
75. LÓPEZ, Raquel Ortega. **La prenda de imposiciones a plazo**. Madrid: Marcial Pons, 2002.
76. MADALENO, Claudia. A vulnerabilidade das garantias reais- a hipoteca voluntaria face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.
77. MAIMERI, Fabrizio. *Le garanzie bancarie “improprie”*, Turim: G. Chiapichelli, 2004.
78. MAMEDE, Gladiston. Código Civil Comentado: direito das coisas, penhor, hipoteca, anticreses, artigos 1.419 a 1.510. v.14. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.
79. MARANO P., Pegno bancario e fallimento, in Banca borsa e titoli di credito, fasc. 1, 2000.
80. MARINO Y BORREGÓ, Rubén. La prenda de derechos in AAVV, Homenaje a

Don Antonio Hernandez Gil, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2001. Pp. 2022-2047.

81. MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora. “Comentario del artículo 43 LC”, em ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio (diretores). Comentario de la Ley Concursal. Civitas: Madrid, 2004. T. I, p 889-902.

82. MARTINEZ, Pedro Romano. O Subcontrato. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

83. MARTINEZ, Pedro Romano/ PONTE, Pedro Fuzeta da. Garantias de cumprimento. 5ªed, Coimbra: Almedina, 2006.

84. MARTINS, José Pedro Fazenda. Direitos Reais de Gozo e de Garantia sobre Valores Mobiliários. AAVV, Direito dos Valores Mobiliários, Lex, Lisboa, 1997. Pp. 99 a 119.

85. MATOS, Isabel Andrade de. O Pacto comissório- contributo para o estudo do âmbito da sua proibição, Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

86. MEDICUS, Dieter. Schuldrecht II – Besonderer Teil, 13ªed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2006.

87. MEDICUS, Dieter., Schuldrecht, t. I (Allgemeiner Teil). Beck, Múnich: 1996. [1]

88. MENDES, João Castro. Teoria geral do direito civil. Vol. I, AAFDL, 1995.

89. MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra: Almedina, 1990.

90. MESSINA, Giuseppe. Scritti Giuridici, v. 1 – Negozi Fiduciari. Milano: Giuffrè, 1948.

91. MODIGLIANI, Franco/MILLER, Merton H., “The cost of capital, corporation finance and theory of investment”, em Am. Ec. Ver. 48 (1958).

92. MOREIRA ALVES, José Carlos. Da Alienação Fiduciária em Garantia. 2ºed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.

93. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano. 10ª ed. vol. I Rio de Janeiro, Forense, 1995.

94. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano. Rio de Janeiro, Borsoi, 1965.

95. NATUCCI, Alessandro. Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia, Padua: CEDAM, 1992.

96. NEVES, Rui Oliveira. O penhor de créditos – Contributo para a compreensão da figura no contexto das garantias especiais das obrigações. Lisboa, 2004.

97. ODINET, Christopher K., “Testing the Reach of UCC Article 9: The Question of Tax Credit Collateral in Secured Transactions”, South Carolina Law Review, vol. 64. Disponível na versão eletrônica em <http://ssrn.com/abstract=1997516>. Pp.1-31.

98. PACE, Pasquale Di. Il PEGno dei crediti. Pádua: Cedam, 1939.

99. PACHECO, António Faria Carneiro. Dos Privilégios Creditórios. 2ª ed. Coimbra: 1914.

100. PANTALEÓN, Fernando; GRGORACI, Beatriz. “El alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros”, RcP, nº20, 2014.

101. PANTALEON, Fernando. “Comentario del articulo 1529 CC”, em Cándido PAZ-ARES et al. (diretores), Comentario del Codigo civil. Ministerio da Justiça: (1991a) ,Madrid, t. II. pg.1031-1034.
102. PANTALEON, Fernando. “El sistema de responsabilidade contratual. (Materiales para um debate)”, (1991b), ADC, vol. 44. P. 1019-1092.
103. PANTALEÓN, Fernando. “La cesión de créditos”. ADC, vol. 41, nº 4, 1988.p.1033-1132.
104. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. IV, 6a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
105. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Forense: Rio de Janeiro, 1996.
106. PERIN, Marcelo Sandrini; GLITZ, Frederico E. COVENANTS EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE LONGO PRAZO: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA. Rjlb, Lisboa, n. 1, p.1375-1393, 2015. Disponível em: http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalle/114/covenants-em-contratos-de-financiamento-de-longo-prazo-uma-perspectiva-juridica.
107. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão de Contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
108. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ªed. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
109. PINTO, Eduardo Vera-cruz, O direito das Obrigações em Roma, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1997.
110. PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo,i, Coimbra, 2008.
111. PINTO. Carlos Alberto da Mota. Direitos Reais (por Álvaro Moreira e Castro Fraga, segundo prelações do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-71), Coimbra: Almedina, 1975.
112. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXIII*, 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
113. PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado. T. XX. 3ªed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.
114. PROCURADORIA GERAL DA REPUBLICA, Parecer sobre o Fundo de Turismo. Penhor. Coisa Futura. Promessa de penhor, BMJ, nº 374, Março 1988.
115. PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. 3ªed. Tomo III, Vol. III. Barcelona: Bosch, 1983.
116. PULGAR, Juana. “Sociedades concesionarias de obra pública, pignoración de créditos y concurso de acreedores”, RdS, nº40. 2013.
117. REALMONTE, Francesco. Il Pegno in Rescigno (coord.). Trattato di diritto privato. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1985.
118. REDONDO APARÍCIO, Agustín- La reforma del régimen concursal de las prendas de créditos futuros de La Ley 40/2015, de 1 de octubre. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, n.42 (2016).

119. REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. Kreditsicherung, 5ªed. Neuwied und Kriftel: Luchterhand, 2006.
120. RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Direito das Coisas, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 1981.
121. ROTMAN, Julio Salomón. **Cuestiones de derecho prendario**. Buenos Aires: Astrea, 1988.
122. RUBINO, Domenico, Il pegno, in Trattato di diritto privato diretto da Vassalli, Torino, 1956.
123. RUBINO, Domenico. L'ipoteca mobiliare e iobiliare, Milão: Giufrè, 1956.
124. RUBINO, Domenico. La responsabilità patrimoniale: Il Pegno. 2ªed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949.
125. RUSCELLO, Francesco. Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.
126. SADDI, Jairo. A natureza econômica dos contratos bancários. In: WAIBERG, Ivo (coord.); FONTES, Marcos Rolim Fernandes. **Contratos bancários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
127. SALINAS, Carlos Adelantado. **El régimen jurídico de la prenda de valores negociables**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
128. SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Do direito do promitente comprador e dos direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese). Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
129. SCHULZ, Fritz. Derecho Romano Clássico (tradução de Classical Roman Law por José Santa Cruz Teigeiro). Barcelona: Bosch, 1960.
130. SCHWARTZ; Alan.. "The continuing Puzzle os Secured Debt" em Vand. L. Ver. 37 (1984).
131. SCOTT, Robert E., "A relational theorie of secured financiag", em Colum. L. Ver. 86 (1986) pp.901-977.
132. SEQUEIRA, Elsa Vaz de. Da objectividade jurídica do património. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. In: Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva. Vol.I. Lisboa, 2013: 297-326.
133. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Cessão de créditos ou de outros direitos, BMJ, numero especial, 1955.
134. SERRA, Adriano Vaz. Penhor (penhor de coisas, Penhor de direitos), in BMJ 58, Julho 1956 e in BMJ 59, Outubro 1956.
135. STEINBACH, Eberhard. Das Pfandrecht na Forderungen. Gutersloh i. Westf: Buchdruckerei Thiele, 1934.
136. STEINMEYER, Eberhard. Die Akzessorischen Schuldverhältnisse des BCG. Gottingen, 1993.
137. STELLA, Giovanni. **Il pegno a garanzia di crediti futuri**. Padova: CEDAM, 2003. ^[1]_{SEP}
138. THIESSEN, Johannes. *Person und Vermögen, Inaugural-Dissertation*, Buchdruckerei R. Noske, 1910.

139. TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile. 40ª ed. Milano: Cedam, 2001.
140. TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. 13ªed. Milano: Giuffrè, 2000.
141. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, v. 2. Coimbra: Almedina, 1995.
142. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7ªed. Vol. II, Coimbra: Livraria Almedina. 1997.
143. VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de Vasconcelos. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2013 e 2011.
144. VASCONCELOS, Luís Miguel Delgado Paredes Pestana de. *A cessão de créditos em garantia e a insolvência – em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
145. VENEZIANO, Anna. **Le garanzie mobiliari non possessorie**: profili di diritto ^[1]_[SEP]comparato e di diritto del commercio internazionale. Milano: Giuffrè, 2000. ^[1]_[SEP]
146. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais, Volume V*. 4ª edição. São Paulo: Jurídico Atlas. 2004.
147. VIZCAINO, Ignacio Gil-Antuñano. Promessa de prenda, in *Tratado de Garantias em la Contratación Mercantil*. Tomo I, Parte Gerenal y Garantias Personales. Civitas, Madrid, 1996.
148. VON THUR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Comares: Granada, 2007.
149. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*, Tomo II, traduzido do alemão por W. Roces, Madrid: Editorial Reus, 1934.
150. WALD, Arnoldo. *Direitos reais*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1995.

JULGADOS:

BRASIL: Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, REsp nº 1432693/SP, relator Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª Turma, Data do acórdão: 06/10/2016.

BRASIL: REsp nº 1432693 / SP (2013/0165651-1), Ministro relator Marco Aurelio Bellizze, 3ª Turma, Superior Tribunal de Justiça. Encol S/A Engenharia Comercio e Industria x Izilda Kalil e outros x Banco Progresso S/A.

ESPANHA: Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Alicante núm.210/2012, de 20 de julio (AC/2012/1220).

ESPANHA: STS, 1ª, 13.3.2017 (ECLI: ES:TS:2017:845), Magistrado Rafael Saranza Jimena, em que são partes AEAT e Real Club Desportivo de La Coruña, S.A.D.

ESPANHA: STS, 1ª, 22.2.2008 (ECLI: ES: TS: 2008: 3259), Magistrado Vicente Montés Penades, em que são partes BBVA S.A e Firmecivil S.A.

ESPANHA: STS, 1ª, 6.11.2013 (ECLI: ES: TS:2013:5875), Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, em que são partes: CaixaBank, S.A e Real Oviedo, S.A.D.

ITALIA: Corte di Cassazione civ., sent. del 5 marzo 1953, n. 519 – nt. 131.

ITALIA: Corte di Cassazione, Sezioni Unite – Sentenza 2 ottobre 2012, n 16725.

ITALIA: Corte di Cassazione. civ., 1ª sezione, 26 março 2010, nº 7257.

ITALIA: Pegno- Pegno di crediti- Condizione della prelazione – Notificazione al debitore o accettazione del medesimo – Requisito essenziale – Sostituzione com elementi equipolente – Esclusione, Acórdão do Tribunal de Milão de 19 de julho de 1982 in BBTC XLVI (1983), Parte Seconda. P.216-218.

PORTUGAL: Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães, Processo 285/12.0TBCBT-B.G1, Relatora Isabel Rocha, Data do acórdão 05/12/2013.

PORTUGAL: Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, Processo 287/10.0TTPDL-A.L1-4, Relator JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO, Data do acórdão 21/03/2012.